Bibl. Mont.
4853

A853 Bibl.Mont

Kritik

des Entwurfes

einer

neuen

Gerichtsordnung

für die

königlich sächsischen Lande.

Von

Nicolaus Thaddäus Gönner.

Landshut, 1808.

Bey Jos. Thomann, Buchdrucker und Buchhändler.

Klitik

Geschichtsordnung

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorerinnerung.

Was ich dem Publikum hier übergebe, ist ein kleiner Beitrag zur Verbesserung der Legislation. Der ruhmwürdige Versuch der neuen königl. sächsischen Regierung, die Reforme der Gesetzgebung mit Verbesserung der Gerichtsordnung anzufangen, ist bekannt; allen Beyfall verdient der bedächtliche Gang, welchen die sächsische Regierung nahm, indem sie nach dem Beyspiele anderer Regierungen die Gerichtsordnung zuerst als Entwurf

herausgab, und nicht nur von ihren eigenen Collegien und Gelehrten verlangte, über diesen Entwurf ihre Bemerkungen und Verbesserungsvorschläge zu übergeben, sondern auch den Entwurf an Auswärtige schickte, und diese zur Revision auffoderte. Unter diesen hat auch mich die Gesetzcommission durch ihren nunmehr verstorbenen verdienstvollen Präsidenten und Justizminister von Carlowitz mit diesen ehrenvollen Auftrage beehret, und ich bin diesem ehrenvollen Rufe gefolgt. Meine Bemerkungen waren für den Druck nicht bestimmt, und nur viele Auffoderungen konnten mich bewegen, sie dem Publikum zu übergeben. Dafs ich öfter auf mein Handbuch des teut-

schen gemeinen Prozeses verwiesen habe, wird mir kein billiger Leser verargen, indem ich darin jede Lehre auf die obersten Principien des Rechts zurückzuführen, daher nicht blofs der Gesetzgebung, sondern auch, um mich mit dem achtungswürdigen Herrn von Almendingen auszudrücken, der Metaphisik des bürgerlichen Prozesses für jede scientifische Bearbeitung vorzuarbeiten trachtete. Zur bessern Uebersicht der Leser war es nothwendig, die Stellen des Entwurfes den Anmerkungen vorauszusetzen, worauf sich diese beziehen. Der Plan, die vorzüglichern Gerichtsordnungen und namentlich die baierische einer Kritik zu unterwerfen, und hierdurch in ei-

nem Werke zur Reform der Gerichtsordnung, dem dringendsten Bedürfnifse, mitzuwirken, erlitt eine Abänderung dadurch, dafs ich mich entschlossen habe, der Legislation im Ganzen eine eigene Zeitschrift zu widmen, wovon der Ankündigung zufolge das erste Heft im Jänner des künftigen Jahres unfehlbar erscheint.

Landshut im November 1807.

Der Verfasser.

Bemerkungen

über den Entwurf

einer

neuen Gerichtsordnung

für die

königl. sächsischen Lande

vom Jahre 1803.

A.

Allgemeine Bemerkungen.

Meine Bemerkungen über den mir von der Churſächsischen Gesetzcommission in Dresden mitgetheilten Entwurf einer neuen Gerichtsordnung sind theils allgemeine, welche die Legislation mehr im Ganzen angehen, theils besondere, welche sich auf besondere Bestimmungen beziehen.

I. Vollständigkeit ist die erste Forderung, welche man an jede neue Gesetzgebung machen kann; diese finde ich nicht ganz befriediget. Ich will die bedeutendsten Lücken auszeichnen.

1) Der Entwurf spricht nicht von einer Prozeſs- sondern von einer Gerichtsord-

nung. Wenn gleich unstreitige Rechtsgeschäfte z. B. Schuld- und Pfandverschreibungen, Vormundschaften u. d. den Gerichten als solchen, nach dem abstrakten Begriffe der Gerichtsbarkeit nicht zukommen, so werden sie doch in Teutschland, und selbst im vorliegenden Entwurf den Gerichten zur Behandlung übertragen, und ich billige es vollkommen, da sonst der Staat für solche Gegenstände neue Staatsämter errichten müfste. Nur fordere ich, dafs alsdenn auch die Gerichtsordnung sich hierüber verbreite, da sie mit den dem Richter übertragenen Geschäften gleichen Umfang haben mufs. Die preussische Gerichtsordnung ist hier mit einem Beyspiel vorgegangen. Der Vollständigkeit wegen sollte demnach ein zweyter Theil angehängt werden:

Vom Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten.

Mir ist zwar nicht unbekannt, dafs Chursachsen darüber mehrere besondere Verordnungen habe. Allein

a) Vollständigkeit dieses Gesetzbuchs, wenn man anders nicht seinen Titel in Prozefsordnung abändern will:

b) Der entschiedene Vortheil, welcher mit der Revision dieser Verordnungen verbunden ist: und weil

c) jede neue Gesetzgebung dahin arbeiten mufs, alle zerstreute Verordnungen in ein Gesetzbuch zu sammeln,

diese Gründe werden meinen Rath rechtfertigen, dieser Gerichtsordnung den zweyten Theil anzuhängen.

2) Selbst als Prozefsordnung betrachtet finde ich im Entwurf wichtige Gegenstände ganz übergangen. Ich bringe in diese Klasse folgende Punkte:

a) Von Objecten der gerichtlichen Verhandlungen ist gar nichts gemeldet, so wichtig es auch ist,

α) den Begriff von Justitzsachen im Gegensatz der Regierungs- von Polizeysachen festzusetzen:

β) Ueber das Verhältnifs der präparatorischen, Präjudicil- Incident- und konnexen Sachen Bestimmungen zu machen.

γ) Den Vorzug mehrerer Streitsachen zu bestimmen.

b) Unter den summarischen Prozessen sind einige ganz übergangen, welche schon nach den Grundbegriffen des Prozesses eine besondere Verfahrungsart fordern, namentlich:

α) Die wichtige Lehre von Provisionalverfügungen.

β) Vom Commissionsverfahren in bürgerlichen Untersuchungen.

γ) Vom Verfahren bey Auseinandersetzungen

a) in Gemeinheitstheilungen

b) bey Societäten

c) bey Erbschaften

d) bey Sonderung des Lehens vom Allodium.

II. Dafs der neue Entwurf Verhandlung der Partheyen zur Basis hat, billige ich ganz. So sehr ich auch die eigenthümlichen Vorzüge des auf die Untersuchungsmaxime berechneten preussischen Prozesses anerkenne, so bekenne ich doch, dafs die Verhandlungsmaxime zu einem weit consequentern Resultate führe, und der Natur der richterlichen Gewalt im Staate weit mehr angemessen sey. Daher

ist allen meinen Vorschlägen nichts von der Maxime des preussischen Prozesses beygemischt.

Ich kenne den formellen Unterschied zwischen Legislation und doktrineller Bearbeitung und finde ihn im Entwurfe beobachtet. Aber ich kann doch nicht billigen, dafs der allgemeine Theil des Entwurfes zu kurz abgehandelt ist.

Sehr viele Wiederholungen würden vermieden worden seyn, wenn vor dem Uebergang zum speciellen Theile (mit dem Tit. 6. vom ordentlichen Prozesse) über Pflichten des Richters und der Partheyen, über die allgemeinen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens, Ladungen, Termine, Folgen des Ungehorsams u. d. im ganzen Umfange gehandelt worden wäre. Diese Ergänzung möchte desto nothwendiger seyn, je wichtigere Streitfragen dabey noch vorkommen, worüber ich nur die Lehre von Streitgenossenschaft, Adcitation und Intervention anführen will.

Vorgearbeitet ist hierüber bereits in Grolmans neuer Auflage seines Lehrbuchs, und in der bereits erschienenen zweyten Ausgabe des ersten Bandes meines Handbuchs, worauf ich mich hier beziehe.

Unter den Bemerkungen wollte ich hierauf nur aufmerksam machen, und erbiete mich, den allgemeinen Theil auf besonderes Verlangen in kurzer Zeit zur Ergänzung des Entwurfes zu bearbeiten.

IV. Geldstrafen gegen Advocaten und Partheyen kommen fast auf jedem Blatte vor. Wo ich dieselben bey einzelnen Bestimmungen überhaupt oder wegen ihres Betrags rügen zu müssen glaube, berühre ich es unter den besondern Anmerkungen. Aber die Frage:

Wie weit erstreckt sich die Strafgewalt des Gesetzgebers bey Handlungen im gerichtlichen Verfahren?

verdient darum eine allgemeine Untersuchung, weil eine Legislation auf den Namen einer rechtlichen keinen Anspruch hat, wenn sie die Gränze des Strafrechts überschreitet, welche das rationelle Staatsrecht dem Gesetzgeber selbst vorsteckt.

Hier müssen Anwälte und Vertreter fremder Rechtssachen solcher Subjekte, welche wegen ihrer Unvermögenheit, für ihre Rechte selbst zu sorgen, unter besonderem Schutze des Staats

stehen, von den Partheyen sorgfältig unterschieden werden.

A) Advokaten, welche der Staat zur guten Vertheidigung der Rechtssachen öffentlich anstellt, verletzen ihre Pflichten, wenn sie durch Chikane, Unförmlichkeit ihrer Anträge, Nachläfsigkeit in Besorgung der ihnen anvertrauten Rechtssachen sich etwas zu Schulden kommen lassen. Verletzungen der Pflichten eines Staatsamts verdienen allemal eine Strafe, und ich billige die Tendenz des neuen Entwurfs, durch Strafbedrohungen die Advokaten zur genauen Ordnung anzuhalten. Es sind ja doch die meisten Prozesse in ihren Handen, und wenn man nicht der Advokatur selbst bey der Organisation eine andere Richtung giebt, so bleibt kein anders Vorbeugungsmittel, als Strafe übrig.

Dafs aber im Entwurf öfsers die Parthey zur Strafe gezogen, und mit dem Regrefs an den Anwalt verwiesen wird, kann ich nicht billigen; denn die Strafe mufs allemal den Schuldigen unmittelbar treffen. Ich stimme daher für den Unterschied zwischen Partheyen, welche selbst der Rechte kundig seyn können, und zwischen den Uebrigen. Jene befinden

sich in einem voraus gehenden Verschulden, wenn sie die Führung ihrer Prozesse dem Advokaten blindlings überlassen, sie machen seine Handlungen zu den ihrigen, und die Verantwortlichkeit liegt auf ihnen. Sie und der Advokat sind Mitschuldige, hier treffe, wenn

1) nur von Nachläfsigkeit die Rede ist, oder

2) wenn der Advokat es an der seiner Einwirkung besonders überlassenen Förmlichkeit fehlen liefs, die Strafe nur den Advokaten.

3) Gilt es aber einer Chikane, so sind beyde schuldig, jeder soll also in Strafe genommen werden.

Dagegen ist bey allen der Rechte unkundigen Partheyen der Advokat für alles dieses allein verantwortlich; hier also auch allein zu bestrafen.

B) Vertreter der Personen, welche für das Ihrige nicht selbst sorgen können: sind

1) bey begangener Nachläfsigkeit als Verletzer der Pflichten anzusehen und zu bestrafen.

2) Bey gebrauchten Chikanen treten die vorher bemerkten Unterschiede ein.

C) Partheyen selbst können durchaus nicht so allgemein und häufig, als der Entwurf vorschlägt, mit Strafen belegt werden. Es entspricht schon überhaupt dem Begriffe und Zwecke der richterlichen Gewalt nicht ganz, die ausübende Gerechtigkeit immer mit der Zuchtruthe zu waffnen, und dafs zu sehr gehäufte Strafen ihren Zweck verfehlen, ist eine längst anerkannte Wahrheit.

Partheyen können in ihren Handlungen bey einem Prozesse entweder als Verletzer der Pflichten angesehen werden, oder diese Rücksicht tritt nicht ein. Nur im ersten Falle, niemals aber im zweyten läfst sich ein Strafgesetz gegen sie rechtfertigen.

Man darf demnach nur ihre Pflichten durchgehen, und die Gränzen des Strafrechts sind von sich selbst abgesteckt.

1) Dem Richter sind sie Achtung und Gehorsam schuldig. Verletzen sie die einem Richter schuldige Achtung, so verdienen sie ohne Unterschied eine Strafe. Aber mit dem Gehorsam hat es eine andere Beschaffenheit. Zielt nemlich ein Befehl des Richters nur auf Rechtsvertheidigung, so ist jede solche Ladung nur für eine Erlaubnifs, das Recht

im vorgeschriebenen Termine zu vertheidigen, anzusehen, von welcher in dem, auf die Verhandlungsmaxime berechneten Prozesse, (und diefs ist der Entwurf, ob Bemerk. II.) jede Parthey Gebrauch machen kann, ohne dazu verbunden zu seyn. Sie mufs sich zwar Präklusion und Kostenersatz gefallen lassen, aber eine Strafe verdient sie da, wo sie nur sich schadet, und keine Verbindlichkeit verletzt, auf keine Art. — Zielt aber ein richterlicher Befehl nicht auf Rechtsvertheidigung ab, tritt die Verbindlickkeit zum Gehorsame in ihrer eigentlichen Gestalt ein, z. B. bey der Exekution, bey Provisionalverfügungen, in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz u. d. dann kann Ungehorsam oder Widersetzlichkeit eine Strafe begründen, — Diese natürliche Gränzlinie wird aber sehr oft überschritten, und Strafen von 1 — 10 Rthlr. bey blofsen unterlassenen Verhandlungen angedroht, dabey auch der Contumax mit Verlust der Handlung belegt. — Die Gerechtigkeit mufs sich mit dem letzten begnügen, denn, da es keine absolute Verbindlichkeit zur Rechtsvertheidigung giebt, und der Contumax nebst dem, dafs er die Kosten ersetzen mufs, an seiner Rechtsvertheidigung Schaden leidet, so ist es mit Nichts zu

rechtfertigen, wenn man ihn noch überdiefs um Geld strafen will.

2) Ihrem Gegner sind sie a) ebenfalls Achtung schuldig. Unartige Schreibart mag immer eine Strafe wider den Concipienten zur Folge haben. b) Beyde Theile sind in ihren Rechtssachen vor Gericht einander Wahrheit schuldig. — Eine Parthey, welche gegen ihre Ueberzeugung etwas behauptet oder leugnet, verletzt ihre Pflichten gegen den Staat und ihren Gegner. Sie verdient dafür eine Strafe. c) Wer die Vertheidigungsmittel zu Werkzeugen seiner Leidenschaften, oder zur Erschwerung der Rechtshülfe misbraucht, verdient Strafe; denn er vergeht sich zum Schaden seines Gegners am Staate. — Nur darf man α) weder jeden unbefugten Antrag mit einer Chikane verwechseln; denn eine Parthey hat doch immer Unrecht, und die richterliche Gewalt artete bey der Allgemeinheit der Strafen in eine Strafgewalt aus — noch β) eine der Rechte unkundige Parthey, welche sich ihrem Advocaten ganz überlassen mufs, mit einer der Rechte kundigen Parthey verwechseln. — Auch mufs γ) der Favor Defensionis berücksichtiget werden, welcher, besonders in Bezug auf Strafen gegen unstatthafte Anträge, grofse Behutsamkeit fo-

dert. Wer weifs nicht, dafs eine Parthey ihre Sache mit partheyischem Auge für gegründet hält, während sie das unpartheyische Aug der Gerechtigkeit verwirft! Man darf durch zu häufiges Strafen Niemand von der Rechtsvertheidigung abschrecken. Ohnehin verliert der unterliegende Theil durch Verurtheilung in Prozefskosten genug, wozu noch Strafen? — Und endlich δ) was hat man sich von den frequenten Strafen zu versprechen? Grofse Summen können eben der Frequenz wegen nicht angedroht werden; und mit kleinen Summen erkauft sich mancher gleichsam das Recht zu chikaniren! — ε) Wenn aber doch Strafen zweckmäfsig sind, so verbinde man sie nicht mit zweckwidrigen Mitteln, wohin die im Entwurf öfters vorkommende Androhung einer Strafe auf den Fall, dafs der Eid vor Gefährde nicht geleistet wird, offenbar gehört, denn es bedarf kaum einer Bemerkung, dafs mancher Eid vor Gefährde geleistet wird, um einer Strafe von 5—20 Rthlr. zu entgehen.

V. Nicht weniger auffallend war mir der häufige Gebrauch der Eide vor Gefährde, deren Abforderung meistens dem Richter von Amtswegen nach seinem Ermessen, überlassen vurde. Sie sind bey einer Prozefsordnung nicht ganz

zu umgehen; aber eine gute Gesetzgebung wird mehr auf ihre Verminderung, als auf ihre Vermehrung Bedacht nehmen. Ihr Gebrauch mufs auf jene Fälle beschränkt seyn, wo man die Wahrheit nicht anders erkennen kann, unter welche der Armeneid, der Restitutionseid über das Faktum der neuen Auffindung neuer Beweise etc. gehören. Bey vielen andern Fällen solche Eide fordern, hat den Nachtheil, dafs die Eide selbst durch ihre Frequenz herabgewürdiget werden, und Vortheil bringt es nicht, das Schwören wird alltäglich, und Advokaten mit den Partheyen können wohl nirgendwo leichter, als bey solchen Eiden vor Gefährde sich ein Diktamen machen, um alle Gewissensskrupel bey diesen Eiden zu unterdrücken. — Nimmt der Richter im Gebrauch eines Vertheidigungsmittels Chikanen wahr, worüber der Erkenntnifsgrund meistens aus der Sache selbst hervorgeht, so mag nach jenem, was ich N. IV. bemerkte, lieber eine Strafe eintreten.

—o—

B.

Besondere Bemerkungen.

Erster Titel.

Von dem richterlichen Amte und der Bestellung der Gerichte.

§. 3. Num. 2.

„Erst alsdann, wenn die Regierung bey diesen Probeschriften etwas Erhebliches nicht zu erinnern findet, und von ihm eidlich bestärkt wird, dafs er sie selbst, und ohne fremde Beyhülfe gefertigt habe, kann er von dem geheimen Finanzcollegio, oder demjenigen Cammercollegio, unter welches dasselbe Amt oder Cammergut gehöret, zur Justitzverwaltung daselbst angestellet, und verpflichtet werden."

Zum Titel I.

1) §. 3. Num. 2. Der hier geforderte Eid eines Gerichtshalters, scheint mir nicht zweckmäfsig, und überhaupt Staatsprüfungen als ein Organisationsgegenstand gar nicht in eine Gerichtsordnung zu gehören. Soll aber doch darüber etwas verordnet werden, so finde ich besser, entweder ihm kleinere Aufgaben, die er unter Aufsicht auf der Regierungskanzley fertigen mufs, vorzulegen, oder nach vol-

lendeten Aufsätzen durch ein Examen sich davon zu überzeugen, dafs er sie selbst verfafst habe. Ausserdem liegt für manche in der Erlangung eines Staatsamtes zuviel Reiz, als dafs solche Eide viel fruchteten.

§. 4.

„1) Bey anderen Gerichten soll von den Gerichtsherrschaften Niemand zum Gerichtsverwalter angenommen werden, der nicht ebenfalls einige Zeit in praktischen Arbeiten sich geübet hat, als Advocat immatrikulirt, und in hiesigen Landen wohnhaft ist.

2) Es ist darauf zu sehen, dafs der Gerichtsverwalter, so viel möglich, an einem von dem Gerichte nicht weit entfernten Orte seinen ordentlichen Aufenthalt habe.

3) Ehe Jemand einer Gerichtsverwaltung sich unterziehen darf, mufs er gehörig verpflichtet werden.

4) Die Verpflichtung ist, wenn sie nicht etwa durch den bisherigen von dieser Stelle abgehenden Gerichtsverwalter geschieht, durch einen hierzu requirirten Notarius zu verrichten, und das von demselben darüber abgefafste Instrument in dem Gerichte verwahrlich beyzulegen.

5) Zu der Verpflichtung müfsen sämmtliche unter dem Gerichte stehende Hausväter, und die verwittweten oder ledigen Weibspersonen, welche eine eigene Hauswirthschaft führen, vorgeladen werden, worauf dieselbe, wenn gleich

nur einige erscheinen, in Gegenwart der Erschienenen vorzunehmen ist.

6) Wenn der Gerichtsverwalter zugleich die Stelle des Actuarius vertreten soll, so ist er dazu, und zu dem Registriren ausdrücklich mit zu vereiden.

7) Wenn der Gerichtsverwalter gehörig verpflichtet ist, so kann er auch ohne dem Gerichtsherrn alle gerichtliche Handlungen, welche dieser nicht ausdrücklich sich selbst vorbehalten, und den Unterthanen bekannt gemacht hat, verrichten.

8) Vor seinen gehörig bestellten Gerichten kann der Gerichtsherr seine eigenen, unter seiner Gerichtsbarkeit gelegenen Erbgüter, insofern es nach dem Lehnsmandate vom 30. April 1764. Tit. VI. §. 2. gestattet ist, verpfänden, und sonst veräufsern, Contracte und Verträge errichten, sein Testament machen oder niederlegen, auch alle andere ihn selbst angehende Handlungen, sie mögen Geschäfte unter den Lebendigen, oder auf den Todesfall betreffen, insofern sie sonst von einem Fremden, welcher diesen Gerichten nicht als Unterthan unterworfen ist, daselbst gültig vorgenommen werden können, vornehmen.

9) Desgleichen kann er vor seinen Gerichten die, ihrer Gerichtsbarkeit unterworfenen Gemeinen, und einzelnen Personen, in gewöhnlichen und dinglichen, auch in Lehnssachen rechtlich belangen; doch steht ihm auch frey, diese Rechtssachen gleich anfangs vor dem Oberrichter, welchem seine Gerichte unmittelbar untergeben sind, anhängig zu machen.

10) Nicht minder kann er vor seinen Gerichten diejenigen, mit welchen er contrahiret hat, wenn wider sie der Gerichtsstand des Contracts daselbst gegründet ist, in Anspruch nehmen.

11) Wegen des Gerichtsstandes des Contracts wird hierbey überhaupt festgesetzt, dafs derselbe, wenn in dem Contracte ein Ort bestimmt ist, wo die darinnen übernommene Verbindlichkeiten in Erfüllung gebracht werden sollen, daselbst, sonst aber an dem Orte sey, wo der Contract seine verbindliche Kraft erhalten hat. Der Gerichtsstand des Contracts findet auch statt, wenn auf die Aufhebung oder Ungültigkeit des Contracts geklagt wird. Er wird durch Verträge eben so, wie durch eigentliche Contracte begründet; setzet aber allemal voraus, dafs der Beklagte in dem Gerichtsbezirke der Gerichte, vor welchen die Klage angebracht wird, aiyzutreffen sey, und ihm daselbst die erste Verordnung auf die Klage insinuirt werden könne.

12) Pachter schrift- oder amtsäfsiger Güter, deren Besitzer mit Gerichten beliehen sind, oder dieselben sonst in Uibung haben, sollen, wenn sie in dem erpachteten Gute ihren ordentlichen Aufenthalt genommen haben, nebst den Ihrigen nicht nur in den Angelegenheiten, welche aus dem Pachte herrühren, sondern in allen Sachen ihren ordentlichen persönlichen Gerichtsstand vor den Gerichten des Verpachters haben; ohne Unterschied, ob sie sich demselben in demselben Pachtcontracte ausdrücklich unterworfen haben, oder nicht.

13) Ist aber ein solcher Pachter wegen eines ihm zugehörigen Gutes, oder einer Mitbelehnschaft, oder wegen eines von Uns ihm ertheilten Charakters, oder eines Amtes, das er begleitet, schriftsäfsig, oder doch von der Gerichtsbarkeit der niedern Gerichte eximiret: so stehet er unter des Verpachters Gerichten nur, insofern der Gerichtsstand des Contracts wider ihn daselbst gegründet ist, oder er demselben in dem Pachtcontracte sich ausdrücklich unterworfen hat. Jedoch bleibt, wenn auch Letzteres geschehen ist, jedem Kläger die Wahl, ob er ihn vor den Gerichten des erpachteten Gutes, oder da, wo er eigentlich seinen persönlichen Gerichtsstand hat, belangen will.

14) Hat der Pachter seinen ordentlichen Aufenthalt in dem erpachteten Gute nicht genommen, so wird durch die Erpachtung sein vorheriger persönlicher Gerichtsstand nicht verändert. Daferne er jedoch in dem Contracte des Verpachters Gerichten, in Ansehung des aus dem Pachte herrührenden Angelegenheiten, sich ausdrücklich unterworfen hat, so kann er vor denselben in diesen Angelegenheiten, auch wenn die Pachtzeit schon abgelaufen ist, belanget, und die Verordnung auf die Klage, wenn sie nicht unmittelbar ihm oder seinen Anverwandten oder Brödlingen insinuirt werden kann, (Tit. VII. §. 5. n. 4.) mittelst Requisition seiner ordentlichen Obrigkeit ihm zugefertigt werden.

15) In Sachen, welche die Gerichtsherrschaft, oder die Ihrigen angehen, (Tit. XXVI. §. 1. n. 2.) hat der Gerichtsverwalter die jedem Richter ohnehin obliegende strengste Unpartheylichkeit um so genauer, bey unnachbleibender

harter Ahndung, zu beobachten. Er darf auch in diesen Sachen niemals die Sentenz selbst abfassen, sondern mufs die Acten, sobald sie dazu inrotulirt sind, in ein Dicasterium hiesiger Lande senden, und das hierauf einlangende Decisum oder Urtel gehörig publiciren.

16) Wenn Jemand die Gerichtsverwaltung wegen einer oder der andern einzelnen Handlung, oder auch wegen eines gewissen einzelnen Prozesses versehen soll, und dazu von dem Gerichtsherrn, oder insofern es nicht eine von diesem sich vorbehaltene Handlung betrifft, von dem ordentlichen Gerichtsverwalter requirirt wird, so ist zwar dazu ebenfalls kein anderer, als ein in hiesigen Landen wohnhafter Advocat zu gebrauchen; es ist aber genug, wenn dieser in Gegenwart zweyer Gerichtspersonen von dem ordentlichen Gerichtsverwalter, oder durch einen Notarius dazu verpflichtet wird, und nicht nöthig, dafs die sämmtlichen Unterthanen dazu erfodert werden.

17) Fiel aber eine dringende, ohne Gefahr nicht aufzuschiebende Handlung vor, bey welcher der ordentliche Gerichtsverwalter, wegen Krankheit oder aus einer andern Ursache, nicht expediren könnte, und es wäre zu besorgen, dafs die Verpflichtung eines andern zu grofsen Zeitverlust veranlassen möchte; so kann der Gerichtsherr, oder insoferne es nicht eine von diesem sich vorbehaltene Handlung betrifft, der ordentliche Gerichtsverwalter einen immatriculirten Notarius, der jedoch zugleich zur Advocatur legitimiret seyn mufs, requiriren, und dieser ohne besondere Verpflichtung, statt des ordentlichen Gerichtsverwalters, bey

dieser Handlung, sie betreffe eine Civil - oder peinliche Sache, auf seine als Notarius geleistete Pflicht, das Nöthige verrichten.

18) Wenn der Gerichtsherr mit Tod abgehet, so versieht der gehörig verpflichtete Gerichtsverwalter die Gerichtsverwaltung wie zuvor, so lange, bis des Verstorbenen Nachfolger eine Aenderung trifft."

2) Anmerk. §. 4. Mit der preiswürdigen Sorgfalt für gute Bestellung der Churfürstlichen Kammerämter contrastirt die Nachsicht gegen mittelbare Erbgerichtsherrn. Ich bin überzeugt, dafs die Verwalter dieser Erbgerichte, Staatsdiener und Seine Churfürstl. Durchlaucht verbunden seyn, als Vater aller Ihrer Unterthanen auch für die Erbgerichtseingesessenen zu sorgen. Ich vermisse an diesem §. folgende wichtige Punkte:

a) Wann kann ein Erbgerichtsherr sein Gericht selbst verwalten, und wann mufs er einen Justitiarius bestellen?

b) Wie weit darf er vom Gerichtsorte entfernt wohnen? — Ich würde 3 Meilen als Maximum, und noch dieses festsetzen, dafs derselbe (nach §. 14.) am Gerichtsorte wenigstens alle Monate einen bestimmten Gerichtstag, die Erndtezeit ausgenommen, halten solle.

c) Fähigkeit und Prüfung sollte ganz nach den über Besetzung der Hofkammerämter aufgestellten Grundsätzen geschehen.

d) Dann könnte der Gerichtshalter sogleich bey der Regierung, oder wenigstens von einem angränzenden Churfürstl. Beamten ex comissione regiminis in Pflichten genommen werden. Hiezu Notarien zuzulassen, halte ich nicht für schicklich.

e) Endlich wenn nach Num. 7. der Gerichtsherr besondere gerichtliche Handlungen sich vorbehalten kann (wozu ich keinen Grund einsehe) so sollte ausgedrückt seyn, welche Handlungen er sich vorbehalten könne.

§. 13.

„N. 1) Aufser dem in der achten Decision vom Jahre 1746, in Ansehung der Testamente, und Anderer letzten Willen, nachgelassenen Fälle, darf kein Gericht an einem Orte, wo demselben keine Gerichtsbarkeit zusteht, gerichtliche Handlungen vornehmen."

Anm. 3) §. 13. Num. 1. wird sich auf ein vorhergehendes Gesetz (Dec. 8. de 1746.) bezogen. Ich wünsche, dafs die neue Gerichtsordnung in extenso mit neuer formeller Gültigkeit, und nicht beziehungsweise, alle ältere Gesetze, wel-

che noch fortgelten sollen, aufnehme. Der Gebrauch eines Gesetzbuches ist sehr erschwert, wenn man noch auf ältere Gesetze zurückgehen mufs. Da dieses öfters im Entwurf geschieht, so sey es hiemit ein für allemal erinnert.

„§. 13. N. 2) Was dem entgegen, wenn auch schon mit der Partheyen Einwilligung, oder zu Folge ihres ausdrücklichen Einverständnifses geschieht, soll für nichtig und ungültig geachtet, und Jeder, der wider diese Vorschrift handelt, willkührlich bestraft werden."

Anm. 4) Ebend. N. 2. Warum hier eine willkührliche Strafe? Man bestimme sie gesetzlich, damit im Strafrecht nicht Willkühr herrsche.

Dritter Titel.

Wie Vormünder der Unmündigen, und der ihnen gleich zu achtenden Personen vor Gerichte handeln.

§. 2.

„1) Für unmündige Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, handelt der Vater in allen gerichtlichen Angelegenheiten in eben der Maafse, wie in dem vorhergehenden § von den Vormündern verordnet ist."

„2) Wenn jedoch solchen Kiudern, zu der Verwaltung ihres Vermögens, oder einer andern Angelegenheit halber, ein besonderer Vormund bestellt ist; so hat dieser allein seine Pflegbefohlnen, in der Sache, zu welcher er bestellt ist, vor Gerichte zu vertreten. Dem Vater ist aber in den Fällen, wo es wegen des Ehemannes der unmündigen Ehefrau vorgeschrieben ist (§. 2. N. 4--7.) ebenfalls Nachricht zu geben, und dessen Einwilligung von dem Richter, welcher den Vormund bestellt hat, ertheilt worden sey, beyzubringen."

Anm. 5) §. 2. Da Streitigkeiten zwischen Aeltern und Kindern eine nothwendige Ausnahme machen, so hätten sie bey diesem §. auch angeführt werden sollen.

§. 3. Num. 1.

„Wenn einem Unmündigen mehrere Vormünder zusammen (in solidum) bestellt sind, so müssen sie auch alle zusammen den Pflegbefohlnen vor Gerichte vertreten."

Anm. 6) §. 3. N. 1. Sollte nach der bey Streitgenossen vorkommenden Verordnung beygesetzt seyn:

„Doch sollen sie insgesammt einen gemeinsamen Anwalt, der übrigens ein Mitvormund seyn kann, bestellen."

—o—

§. 4.

„Alles was in vorstehenden §§. wegen der Vormünder der Unmündigen verordnet, ist auch von den Vormündern der Wahn- und Blödsinnigen, abwesenden und anderer dergleichen Personen, welche den Gesetzen nach ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen nicht fähig s ind, zu verstehen.'

Anm. 7) Nach dem §. 4. sollte über die Nachläfsigkeit der Vormünder eine Bestimmung geschehen, etwa in folgender Art:

„Bezeigt sich ein Vormund in Vertretung der Rechtssachen seines Pflegbefohlenen nachläfsig, so sollen keine Präklusionen in der Hauptsache verhängt werden, sondern der Vormund hat sowohl die Contumazialkosten aus seinem eigenem Vermögen zu tragen, als derselbe durch Strafen zum gebührenden Fleifse anzuhalten ist. Diese Strafe soll das erstemal in 10 Rthlr., das zweytemal in 20 Rthlr., das drittemal in der Remotion bestehen."

Fünfter Titel.

Von den Bevollmächtigten.

Anm. 8) Sehr oft wird im Entwurf von Personen gesprochen, welchen die Wiedereinsetzung

in den vorigen Stand zusteht, hierauf bey manchen Ladungen die Einverleibung der Klausel: „bey Verlust der Wiedereinsetzung" anbefohlen, und der 25ste Titel gebaut. — Allein diese Klausel hilft nichts; denn ohne Restitutionsgründe zu haben, kann man sie nicht suchen, und hat man Gründe, so kann die Klausel rechtlich nicht geltend gemacht werden.

Um in diesem Gegenstand Consequenz zu bringen, und viele Wiederholungen entbehrlich zu machen, könnte am Ende des 5ten Titels ein §. über die Folgen der Nachläfsigkeit von Seite der Vertreter fremder Rechtssachen in folgender Art nachgetragen werden:

„§. 21. Werden Termine von jenen, welche fremde Rechtssachen vertreten, verabsäumt, so soll

1) Bey Anwälten solcher Personen, welche über das Ihrige frey disponiren können, mit Präklusionen in der Hauptsache fortgefahren werden. Ueber Restitution der Parthey gegen die ohne ihr Verschulden von ihrem Anwalt verabsäumten Termine erfolgt unter (Tit. 25.) nähere Bestimmung.

2) Bey Anwälten solcher Subjekte, welche über das Ihrige nicht frey schalten können, Verwaltern frommer Stiftungen, fiskalischen Anwälten, dem Güterverwalter bey Concursen, dem Contradiktor u. d. soll, wie oben (Anm. 7. zum Tit. 3.) bey den Vormündern bemerkt wurde, verfahren werden."

Sechster Titel.

Von der Klage.

§. 4.

"Ist der Kläger gemeint, über die in der Klage enthaltene Thatsache, oder einen Theil derselben dem Gegentheil den Eid anzutragen, (zu deferiren) so hat er sich dessen in der Klage zu verklären, und die Punkte, über welche er den Eid anträgt, anzuzeigen. Nachher findet der Eidesantrag über die Punkte der Klage, oder die derselben einverleibte Replik, weiter nicht statt, als insofern die Abänderung der Klage in Ansehung der Beweismittel nachgelassen ist. (§. 9. N, 1.)"

Anm. 9) §. 4. Nicht nur, dafs ich den Grund, warum der Kläger den Eid, wenn er ihn deferiren will, gleich bey der Klage deferiren müsse, nicht einsehe, scheint mir sogar darin eine Härte

und Vermengung des ersten Verfahrens mit dem Beweisverfahren zu liegen. Der Kläger kann erst abwarten, was ihm der Beklagte abläugnet, und sich im Beweisverfahren der Eidesdelation, wie anderer Beweismittel bedienen. Ich würde daher diesen §. ganz streichen, besonders da dem Kläger eine Aenderung an Beweismitteln (vermög §. 9. N. 1.) nur so lange, bis über die Antwort auf die Klage rechtskräftig erkannt ist, zustehen soll, und von der Eidesdelation bis zur Eidesleistung ein so langer Zeitraum verstreicht, dafs sich die Moralität des Schwörenden zur Gefahr des Klägers in dieser Zwischenzeit sehr verändern kann, worauf doch bey Eideszuschiebungen viel ankommt.

§. 6,

„Ist aber die Nachläfsigkeit oder Dunkelheit der Klage so beschaffen, dafs diesen Fehlern nach Anleitung des vorhergehenden §. nicht abgeholfen werden kann; so ist dieselbe vor dem Richter sofort zu verwerfen, oder wenn solches nicht geschehen ist, gleich in dem ersten Urthel auf die Unschlüfsigkeit oder Dunkelheit zu erkennen, und der Kläger in die Erstattung der Unkosten zu vertheilen: jedoch also, dafs der Advokat, welcher die Klage abgefafst hat, ihm solche zu ersetzen habe. Nach Beschaffenheit des Versehens ist der Advokat zugleich um fünf oder mehrere Thaler zu bestrafen.

Anm. 10) §. 6. Rekurriren die oben unter den allgemeinen Anmerkungen N. IV. vorgetragenen Grundsätze.

§. 9.

„N. 1) Die angestellte Klage kann in wesentlichen Stücken, nämlich in Ansehung des Grundes, oder des Gegenstandes derselben, zu jeder Zeit, jedoch nicht anders, als dafs der Kläger eine neue Klage übergiebt, und die vorige fallen läfst, geändert werden. Will der Kläger die Klage blofs in Ansehung der Art des Prozesses oder des Beweismittels ändern; so steht ihm solches nicht länger frey, als bis über die Antwort auf die Frage rechtskräftig erkannt ist."

Anm. 11) §. 9. N. 1. Danach Tit. 10. §. 1. der Exceptionssatz lediglich ad replicandum dem Kläger mitgetheilt wird, und überhaupt von einer rechtskräftigen Sentenz bey noch ungeschlossenen Verhandlungen die Rede nicht seyn kann, so sollte statt des Ausdruckes: „ bis über die Antwort auf die Klage rechtskräftig erkannt ist " gesetzt werden:

„ Bis der Beklagte sich auf die Klage eingelassen hat. "

Denn diese Handlung erwirbt ihm ein Recht, dafs dieser Streit nach den Merkmalen weiters verhandelt werde, über welche er den vom Kläger ihm zugeworfenen Streit aufnahm.

„N. 4. Für eine solche Abänderung der Klage, dafs defswegen eine neue übergeben werden müfste, ist es nicht zu achten, wenn der Kläger blofs einen in derselben enthaltenen, das Wesentliche nicht betreffenden Irrthum, oder eine darinnen vorkommende Undeutlichkeit verbessert. Solches steht ihm auch noch bey der Führung des Beweises oder bis zu der wirklichen Eidesleistung frey. Jedoch hat er auch in diesem Falle alle Kosten, welche doch den Irrthum oder die Undeutlichkeit, und die daher nöthig gewordene Verbesserung oder Erläuterung verursacht worden sind, dem Beklagten wieder zu erstatten."

Anm. 12) Ebend. N. 4. Da es allemal ein unwesentlicher Fehler ist, wenn nur die Summe verbessert wird, und es gleichgültig ist, ob man eine höhere oder geringere Summe, als vorher aus Irrthum geschah, fordert, so stimme ich dafür, dafs die gegentheilige Verordnung dieses §. nach gegenwärtiger Bemerkung verbessert werde.

Siebenter Titel.

Von der Verordnung auf die Klage.

§. 4.

„N. 11. Erachtet hingegen der Oberrichter die Ursache, aus welcher um die Verlängerung der Frist gebeten wor-

den ist, für nicht unentbehrlich, so hat er die Appellation zwar zu verwerfen, dabey aber, dafs die Verlängerung zu bewilligen sey, anzuordnen, und zugleich mit Rücksicht auf die Zeit, welche immittelst dem Beklagten schon zu statten gekommen ist, zu bestimmen, auf wie lange die Frist verlängert werden soll. Der Unterrichter hat solchenfalls alsbald nach zurükgelangter Resolution dem Beklagten die bewilligte Verlängerung bekannt zu machen, und einen der nächsten Tage nach Ablauf der Frist, welche der Oberrichter noch gestattet hat, festzusetzen, an welchem längstens die Antwortschrift einzureichen sey."

Anm. 13) §. 4. N. 11. Wenn es auch in der Hauptsache auf eines hinausgeht, so möchte es doch rücksichtlich des Ausdrucks besser seyn, zu sagen:

„so soll er, ohne ein besonderes Appellationsverfahren einzuleiten, verordnen, dafs die Verlängerung etc."

„N. 13. Unmündigen und andern, welchen den Rechten nach die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, hat der Richter die Verlängerung der Frist, wenn sie vor dem in der ersten Verordnung gesetzten Tage darum ansuchen, sie mögen eine erhebliche Ursache anführen und bescheinigen, oder nicht, sofort und zwar nochmals mit Einräumung völliger sechs Wochen und drey Tage, welche von dem in der

ersten

ersten Verordnung gesetzten spätesten Tage an, mit Ausschluſs desselben, zu rechnen sind, und mit anderweiter Bestimmung des endlichen Termins, an welchem längstens die Antwortschrift, unter der ausdrücklich hinzufügenden Verwahrung, des Verlustes der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, einzureichen sey, zu bewilligen."

14) Ebend. N. 13. Würde nach angenommener 7. und 8. Bemerkung ganz zu streichen seyn.

Achter Titel.

Von dem Verfahren, wenn der Beklagte seine Antwort auf eine Klage binnen der bestimmten Frist nicht einreicht.

§. 1. N. 2.

„Hat der Fehler der ersten Verordnung nur darinnen bestanden, daſs in derselben die vorgeschriebene Verwahrung nicht, oder doch nicht richtig ausgedruckt worden ist, so ist zwar eben also (N. 1.) zu verfahren, jedoch nach Befinden auch der Beklagte und dessen Advocat, wegen des daher zur Verzögerung genommenen Anlasses, jeder um 5 Thaler zu bestrafen."

15) Anm. §. 1. N. 2. Hier wird ein offenbarer Widerspruch begangen. Das Versehen des Richters wird an der Parthey bestraft, und am Ende werden wohl alle Drey klug genug seyn, den Strafpunkt zu übersehen; denn dem Richter wird, wenn er nach N. 2. die Parthey und den Advocaten, jeden um 5 Rthlr. strafen will, doch beyfallen, dafs auch er nach N. 1. in 5 Rthlr. Strafe gezogen werden kann. Und so zeigt sich, dafs übermäfsiges Häufen der Strafen den Zweck derselben selbst destruirt. Ich würde daher entweder den Richter für alle Folgen seiner Unförmlichkeit simpliciter verantwortlich machen, und den N. 2. ganz streichen, oder — wenn man doch eine gesetzlich vorgeschriebene Warnung einmal für nothwendig, das anderemal für unnöthig erklären will — die Stelle des N. 2. so fassen:

„Hat der Fehler — worden ist, so soll
„der Beklagte dessen ungeachtet auf die
„Klage zu antworten verbunden seyn,
„aufserdem aber als ein nicht antworten-
„der Beklagter angesehen werden."

§. 3.

„1) Wenn demjenigen, welcher binnen der in der Verordnung gesetzten Frist mit der Antwort auf die Klage nicht

eingekommen ist, den Rechten nach, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht; so hat ihm der Richter, wenn er nicht schon eine Verlängerung der Frist erhalten hat, (Tit. VII. §. 4. N. 12.) die Befolgung der ersten Verordnung unter der in derselben enthaltenen Verwarnung, aber auch zugleich bey Verlust der gedachten Rechtswohlthat, mit Einräumung einer nochmaligen sächsischen Frist, von dem Tag der Insinuation an gerechnet, anzudeuten.

2) Die Kosten für diese zweyte Verordnung sind bey der künftigen Liquidation dem Beklagten anzusetzen, und der Vormund oder Administrator, oder dessen Bevollmächtigter, welcher sie durch sein Aussenbleiben mit der Antwort veranlafst, ohne rechtmäfsige Abhaltungen darthun zu können, hat solche aus seinem eigenen Vermögen zu tragen, und ist überdiefs um fünf Thaler zu bestrafen.

3) In allen Fällen, in welchen nach obigen Vorschriften (§. 1. 2. 3.) anderweite Verordnung an den Beklagten erforderlich ist, hat der Richter dieselbe sofort, nach Ablauf der ersten Frist ergehen zu lassen, ohne deshalb ein Ansuchen des Klägers zu erwarten.

4) Diese obigen Vorschriften (§. 1. 2. 3.) finden auch in Ansehung anderer Verordnungen und Citationen; der Analogie nach, und wo nicht ein anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, ihre Anwendung."

16) Anm. §. 3. Hier ist schon der erste Fall, wo die Gesetzgebung dadurch in Verlegenheit

gerätht, dafs sie bey Personen, welche das Ihrige durch andere verwalten lassen müssen, Präklusitivtermine zuläfst, und mit der Restitution das vorher begangene Unrecht unschädlich machen will. Ich beziehe mich darüber auf meine 7. u. 8. Anmerkung.

§. 5. N. 3.

„Kommt er jedoch mit der Schrift zur Ablehnung des Ungehorsams im Wege Rechts erst ein, nachdem die Acten bereits an ein Dicasterium zum Verspruch abgegangen sind; so hat der Richter darauf keine Rücksicht zu nehmen, sondern der Beklagte nach der Publication der Sentenz bey dem wider die Rechtskraft derselben nach Befinden einzuwendenden Rechtsmittel die Entschuldigungen, durch welche er den Ungehorsam abzulehnen glaubt, vorzutragen."

Anm. 17) §. 5. N, 3. Wenn vor der Aktenversendung (§. 4. N. 1.) die Partheyen zum Inrotulationstermin noch besonders vorgeladen werden, so läfst sich die vorliegende Bestimmung rechtfertigen; da ich aber im Ganzen durch dieselbe nur eine unnöthige Verzögerung der Sache wahrnehme, so halte ich für besser, den Num. 3. dahin abzuändern:

„3. Kommt er mit der Schrift zur Ablehnung des Ungehorsams im Wege Rechts erst ein, nachdem die Akten bereits ver-

sendet worden, so soll der Richter sogleich davon der Stelle, an welche er die Akten versendet hat, Nachricht ertheilen, das Verfahren über die Ablehnung schleunig zum Beschlusse zu befördern, und die Akten an den Versendungsort nachzusenden, damit alldort die Sache im Ganzen durch ein Urtheil entschieden werde."

§. 6. N. 1.

„In dem Wege Rechts wird der Ungehorsam des Beklagten, welcher die Antwortschrift binnen der gesetzten Frist nicht eingereicht hat, abgelehnt, wenn er zu seiner Entschuldigung solche Hindernisse anführt, und bescheinigt, welche ohne seine, des Bevollmächtigten, oder Advocaten Schuld eingetretten sind, und die Einreichung der Antwortschrift unmöglich gemacht, oder doch eine, nach dem Ermessen des Richters, der Unmöglichkeit gleich zu achtende Abhaltung veranlafst haben."

Anm. 18) §. 6. N. 1. Ich kann nicht billigen, dafs nur solche Hindernisse in Schutz genommen werden, welche zugleich ohne der Partey, ihres Bevollmächtigten oder Advokaten Verschulden eingetreten sind. Nach richtigen Grundsätzen sollte diese Verordnung alternativ gestellt seyn.

Neunter Titel.

Von dem Verfahren über die Klage, insonderheit von der Antwort auf dieselbe, und den Einwendungen auf dieselbe.

§. 2. N. 1.

„Die Antwort auf die Klage ist in der Form eines schriftlichen Satzes einzureichen, und in demselben mit solcher Antwort jedesmal der Anfang zu machen. Dann sind die Einwendungen, welche der Beklagte gegen die Klage zu haben vermeint, und wenn deren mehrere sind, unter fortlaufenden Nummern vorzutragen, und zwar zuerst diejenigen, welche die Competenz des Gerichts, wo die Klage übergeben worden ist, gerichtet sind (exceptiones fori declinatoriae) und andere verzögerlichere (dilatoriae in specie tales); ferner diejenigen, welche den Rechtsstand dergestalt in seinem Fortgange aufhalten sollen, dafs es der Antwort auf die Klage nicht bedürfe (litis ingressum impedientes) und endlich die übrigen zerstörlichen (peremtoriae)."

Anm. 19) §. 2. N. 1. Die Verordnung, fori-deklinatorische Einreden mit der ganzen Antwort verbinden zu müssen, unter der Gefahr, bey verworfener Einrede der Klage geständig, und aller Einreden verlustiget zu wer-

den, ist sehr drückend, verursacht oft unnöthige Kosten, und weit zweckmäfsiger ist die mildere Verordnung des jüngsten Reichsabschiedes, welche für forideklinatorische Einreden hier eine Ausnahme macht.

Anm. 20) Ebend. Ganz ausserordentliche Difficultäten bringt das Anerkenntnifs der sogenannten Prozefshindernden Einreden hervor, wenn man ein konsequentes Verfahren bey denselben herstellen will (vergl. mein Hdb. des gem. Proz. 1te Aufl. Thl. I. N. VIII. 2te Aufl. Thl. IV. Abh. 78) ich rathe defsfalls, ihren Gebrauch ausdrücklich zu verbieten, und sie den zerstöhrlichen Schutzreden ganzgleich zu stellen.

§. 3.

„N. 5. Ist in der Klage ein gewisses Quantum angegeben, welches der Beklagte nicht schlechterdings, sondern nur in der angegebenen Zahl läugnet, so hat er diejenige, welche er einräumt, unter einer hinzugefügten besondern Nummer anzuzeigen. Unterläfst er solches, so ist die vor dem Kläger angegebene Zahl für eingeräumt zu achten."

„N. 6. Eben so hat der Beklagte, wenn es auf gewisse Münzsorten, auf eine bestimmte Art des Maafses oder Gewichts ankommt, und das Quantum zwar von ihm eingeräumt wird, aber nicht in den Münzsorten, der Art des Mafses oder des Gewichts, wie in der Klage angegeben ist,

in einer hinzugefügten besondern Nummer anzuzeigen, in welchen Münzsorten, oder nach welcher Art des Maafses oder des Gewichts er das Quantum einräume. Unterläfst er solches; so ist ebenfalls die Angabe des Klägers für eingeräumt zu achten."

Anm. 21) §. 3. N. 5. 6. Es genügt, wenn der Beklagte deutlich erklärt, wie viel er an der eingeklagten Summe, Münzsorten, Maas und Gewicht abläugnet, denn das übrige ist ohnehin zugestanden. Dafs er noch unter einer besondern Nummer das Zugestandene auszeichne, ist nur eine überflüssige Formalität, und das aus deren Unterlassung bedrohte Präjudiz, dafs ansonsten die ganze vom Kläger angegebene Summe für eingeräumt zu achten sey, viel zu grofs, als dafs es von einer solchen kleinen Formalität abhängen könnte, daher zu streichen.

§. 4.

„N. 1. Wenn die in der Klage angeführten Thatsachen von dem Beklagten freventlich geläugnet werden; so ist auf die in den römischen Gesetzen geordneten Strafen solchen Läugnens, als welche hiermit ausdrücklich bestätigt werden, und auch auf die defshalb in gewissen Fällen gesetzte Strafe des doppelten, obgleich die in dem römischen Rechte vorkommenden Klagen auf das Doppelte (actiones in duplum) in den hiesigen Landen sonst nicht statt finden,

zu erkennen: der Antrag des Klägers mag darauf insonderheit gerichtet worden seyn oder nicht.

N. 2. Von diesem Doppelten, in welches der Beklagte verurtheilt wird, erhält zuvörderst der Kläger den ihm vermöge der angestellten Klage an und für sich gehörigen Theil. Von dem andern, wegen des freventlichen Läugnens verwirkten Straftheile aber soll ein Drittel ebenfalls dem Kläger, ein Drittel dem Richter, vor welchem die Sache anhängig ist, und ein Drittel der allgemeinen Armenhauskasse heimfallen. Hat der Beklagte nicht so viel im Vermögen, dafs auch der Straftheil von ihm eingebracht werden kann; so ist er statt dessen nach richterlichem Ermessen mit Gefängnifs oder Handarbeit zu bestrafen.

N. 3. Wenn der Beklagte Puncte, über welche ihm in der Klage der Eid angetragen worden ist, verneinet, und doch nachher den angetragenen Eid nicht leisten kann, sondern die verneinten Puncte einräumen mufs: oder wenn er sich zur Gewissensvertretung erboten hat, und durch die Gewissensvertretung dasjenige, was er zu beweisen unternommen hat, nicht beweist: imgleichen, wenn er den, über gemeinschaftliche Thatsachen (facta communia) angetragenen Eid zurückgiebt, und der Kläger den zurückgegebenen Eid leistet: so ist der Beklagte seiner Einwendungen, welche er dieser Puncte halber, wenn sie von ihm eingeräumt worden wären, hätte vorbringen können, verlustig, dafern er nicht eidlich versichern, oder sonst darthun kann, dafs er bey der Antwort auf die Klage von den verneinten Puncten keine andere Wissenschaft gehabt habe.

N. 4. Jedoch ist dieses auf den Fall nicht zu ziehen, wenn der Beklagte den über fremde Thatsachen (facta aliena) ihm deferirten Eid referirt. In diesem Falle ist der Beklagte mit den Einwendungen, welche er in Ansehung solcher von ihm vereinter Puncte, dafern sie auch durch die Leistung des zurückgegebenen Eides erwiesen würden, zu haben vermeint, und defshalb in der Antwortschrift gehörig anführt, zu hören.

N. 5. Da auch in Ansehung gemeinschaftlicher Thatsachen, welche sich vor langer Zeit sollen ereignet haben, wohl möglich ist, dafs der Beklagte sich derselben, oder, doch der dabey vorgekommenen einzelnen Umstände, über welche der Eid angetragen ist, nicht erinnert, und doch aus Gewissenhaftigkeit und Besorgnifs, dafs er dieselben vielleicht aus der Acht gelassen habe, den deferirten Eid zu leisten Bedenken trägt, und lieber dem Kläger, welcher solche als gewifs behauptet, den Eid zurückgiebt; so bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, nach Befinden auch in Ansehung dergleichen gemeinschaftlicher älterer Thatsachen mit den vorsichtsweise vorgebrachten Einwendungen zu hören."

Anm. 22) §. 4. N. 1. u. 2. Bey den hier festgesetzten Strafen habe ich sehr viel zu erinnern.

a) Die poena dupli ist offenbar eine unverhältnifsmäfsige Strafe. Ein Beklagter, welcher 200 fl. abläugnet, soll 200 fl. verlieren, und das freventliche Läugnen bis auf

100,000 fl. gestraft werden, wenn der Streitgegenstand so viel beträgt! Welches peinliche Gesetzbuch könnte solche Geldstrafen rechtfertigen? Meiner Ueberzeugung nach mufs diese Strafe durchaus gestrichen werden.

b) Dem Richter wird unter N. 2. ein Theil der Strafen zugesprochen. — Dies ist gegen alles Recht, denn man macht ihn ja hiedurch zum Richter in eigener Sache, da er Nutzen vom Ausgang der Sache hat.— Einen Theil soll der Kläger bekommen: auf Strafgefälle hat kein Privatmann Anspruch!

Ich gehe hierin von folgendem Gesichtspunkt aus: Ein Beklagter erscheint nur alsdann als freventlicher Läugner, wenn er in der Streitsache unterliegt. Da er nun seine Verbindlichkeit mit Verzugszinsen, Schaden und Kosten erfüllen mufs, so besteht der Schaden, welchen sein unnützes Prozefsführen verursacht, lediglich in Veranlassung eines vergeblichen Streits. Mir scheint daher, im Fall, dafs sich zu einem unbefugten Prozefsführen noch frevelhaftes Läugnen gesellt, nur arbiträre Strafe statthaft, welche ich auf 5 p. Cent vom Streitgegenstand festsetzen, und

lediglich zum Vortheil des Armenfonds verwenden würde.

Anm. 23) Ebend. N. 3. Dieser Absatz enthält 3 verschiedene Fälle.

a) Wenn der Beklagte den angenommenen Eid rekusirt, so mufs die Klage für zugestanden angesehen werden; denselben aber mit Verlust aller Einreden zu bestrafen, halte ich für ungerecht; denn α) er würde, wenn er seine zerstörliche Einrede beweisen kann, um das ganze Streitobjekt, folglich oft härter, als ein Criminalverbrecher bestraft, β) der Begriff der Strafe wieder vernichtet, weil der Vortheil seinem Gegner zufliefst, der zu diesem Gewinn gar kein Recht hat. — Ich glaube daher, dafs in diesem Falle nur die vorher (Anm. 22.) begutachtete Strafe des boshaften Läugnens statt finden könne, und in gleicher Art auch den Kläger treffe, wenn er einen zurückgeschobenen Eid nicht abschwört.

b) Eben diefs wird verordnet, wenn der Beklagte sich der Gewissensvertretung bedient, aber den Beweis nicht herstellt. — Hier kann gar keine Strafe statt finden, wenn man nicht zur Herstellung des nothwendigen rechtlichen Gleichgewichts den Kläger,

welcher den Beweis seiner Klage nicht herstellt, verbindet, zur Strafe seiner unbewiesenen Behauptung, soviel als der eingeklagte Gegenstand beträgt, an den Beklagten zu bezahlen. — Und wollte man diefs, wer könnte sagen, in welche unendliche Sphären die Strafgewalt ausschweifte!

c) Noch stärker fällt das Unrecht bey Eideszurückschiebungen über facta communia auf. — Warum wird der Kläger nicht um den Streitgegenstand zum Vortheil des Beklagten bestraft, wenn über solche Handlungen der Beklagte den Eid leistet: mit welchen Scheine Rechtens will man hier den Beklagten strafen? — In diesen beyden Fällen mufs daher jede Strafe durchaus cessiren, wefshalb

Anm. 24) die beyden Nachsätze N. 4. u. 5., wenn dieses Monitum angenommen wird, hinwegfallen.

Anm. 25) Wird das Monitum 20., wie ich hoffe, berücksichtiget, so cessirt der §. 7.

§. 7.

„Einwendungen, welche den Rechtsstreit dergestalt in seinem Fortgange aufhalten sollen, dafs es der Antwort auf die Klage nicht bedürfe, müssen, wenn sie diese Wirkung

haben, und als solche angesehen werden sollen, ebenfalls gleich in der ersten Schrift des Beklagten auf die Klage angeführt, und sofort oder längstens in dem Gütetermine liquid gemacht werden."

§. 8. N. 1.

„Die vorgedachten Einwendungen (§. 5. 6. 7.) können, insofern sie sich auf Thatsachen gründen, nur dann, als sofort liquid gemacht, angesehen werden, wenn entweder des Klägers eignes Geständnifs deshalb vorhanden ist, oder wenn sie von dem Beklagten aus gerichtlichen Acten, oder sonst durch klare und deutliche Urkunden sofort bewiesen werden. Andere Beweismittel finden nicht statt."

Anm. 26) §. 8. N. 1. Augenschein und Beurtheilung durch Kunstverständige haben mit liquiden Beweisen gleiche Kraft, und verdienen hier beygesetzt zu werden.

§. 10.

„Die der Klage entgegen stehenden Einwendungen der Unschlüfsigkeit oder Dunkelheit, (Tit. VI. §. 6. 7.) desgleichen alle diejenigen rechtlichen Einwendungen, welche aus dem Inhalt der Klage sich von selbst ergeben, ohne dafs in solcher derselben eine Replik entgegengesetzt worden ist — z. B. die Einwendungen der Verjährung, des Velleianischen Rathschlusses, — oder welche eine Nullität des Prozefses bewirken würden, hat der Richter, wenn sie auch von dem

Beklagten nicht angeführt worden sind, in Obacht zu nehmen."

Anm. 27) Im §. 10. wird die wichtige Frage: welche Einwendungen der Richter von Amtswegen suppliren müsse? berührt, aber nicht so umfassend, als nothwendig ist, entschieden. Es handelt sich nur von eigentlichen zerstöhrlichen Einreden. — Dafs zwey als Beyspiele angeführt werden, kann ich nicht billigen; der Streitsucht wird ein zu weites Feld durch solche Unbestimmtheiten geöffnet, und wir haben deren ohnehin in der Rechtswissenschaft genug; eine neue Legislation soll und mufs sich aller Beyspiele enthalten. Da nun hier eine neue Legislation im Werke ist, so sind Gründe der Gesetzgebungspolitik von allen Feseln frey, welche ihnen sonst das positive Recht anlegt.

Einreden von Amtswegen ergänzen, ist allemal eine gefährliche Sache. Bey vorliegendem auf die Verhandlungsmaxime berechneten Prozesse hängen alle Vertheidigungsmittel vom wirklichen Gebrauche der Partheyen ab. Der Richter bringt nicht unaufgefordert Zeugen oder Urkunden auf: warum soll bey Einreden der Grundsatz verlassen werden? Wie gefährlich es sey, sieht man ein, wenn man bedenkt, dafs

es auf einer Seite dem Richter gar leicht den Vorwurf einer Partheylichkeit zuziehen kann, und dafs er selbst durch ein unberufenes Suppliren ein Unrecht verhängen kann, welches der Beklagte — oft aus geheimen Ursachen und im Bewufstseyn ihres Ungrundes — nicht wollte, und sich der Einrede nicht bediente. — Eine Betrachtung, welche vorzüglich die Einrede der Verjährung trifft. Die Regel: der Richter ergänzt keine zerstöhrliche Einrede — werde daher nur aus wichtigen Gründen mit Ausnahmen versehen.

Die Einrede der Verjährung zähle ich nicht darunter, es liegt dabey mit der bona fides manches in geheimen Falten, und mancher denkt zu delikat, als dafs er nur der Verjährung etwas verdanken möchte — oder wollte man nicht auch gegen einen Schuldbrief, der noch keine zwey Jahre alt ist, die Exceptio non numeratae pecuniae durch den Richter ergänzen lassen? Mir scheint daher folgende Abänderung nothwendig:

§. 10. Der Richter ergänzt von Amtswegen weder verzögerliche noch zerstörliche Einreden; ausgenommen sind 1) Einreden, welche die Gültigkeit des Prozesses betreffen: 2) welche der Klage ein abso-

absolut ge- oder verbietendes Gesetz entgegenstellen: 3) aus besonderer Begünstigung die Einrede des rellejanischen Rathschlusses. Auf alle übrigen Einreden, die der Verjährung mit anbegriffen, nimmt er nur dann Rücksicht, wenn sie ausdrücklich, und mit genugsamer Bestimmtheit vom Beklagten entgegengesetzt wurden.

§. 9.

1) „Auch die zerstörlichen Einwendungen hat der Beklagte bey Verlust derselben, in der Antwortschrift vorzubringen."

2) „Auf andere, als die vorgebrachten, ist in dem Endurtel, ob sie gleich bey dem Beweise oder Gegenbeweise ausgeführt worden wären, nicht zu sehen: ausgenommen wenn sie erst nach der eingereichten Antwortschrift auf die Klage entstanden, oder erst nachher zu des Beklagten Wissenschaft gekommen sind. (Tit. XIII. §. 3. N. 2.)."

Anm. 28) Schon im §. 9. N. 1. wurde die Regel, dafs alle zerstöhrlichen Einreden bey Verlust derselben, in der Antwort vorzubringen seyen, mit hinreichender Allgemeinheit festgesetzt, und N. 2. nur erst nachher entstandene oder entdeckte Einreden wurden

als Ausnahme aufgenommen. Ich unterschreibe dieses ganz, und halte diese Bestimmung an sich für erschöpfend.

Aber die fatale Erfindung der Rechtsgelehrten, womit sie den sogenannten privilegirten Einreden ihr Daseyn gaben, macht hier besondere Vorsicht nothwendig. Sie glaubten nämlich: die Einrede der Zahlung, Compensation, Denunciation u. d. seyen an die Litiscontestation nicht gebunden, und könnten noch in der Execution vorgebracht werden. Man gieng so weit, dieses auf alle Einwendungen auszudehnen, welche den Kläger in Dolus versetzen (was man im Grund von den meisten zerstörlichen Einreden sagen kann). Hiermit wurde aber alles vereitelt, was Gesetze zur Abkürzung der Prozesse weislich und rechtlich verordnen; denn der Staat kann fodern, dafs eine Parthey alle Vertheidigungsgründe zugleich verlege, und ihr geschieht kein Unrecht, wenn man die ungebrauchten für verzichtet ansieht.

Um nun dieser eben so schädlichen als irrigen Meynung vieler Rechtslehrer vorzubeugen, rathe ich bey dem §. 9. der Einreden der Zahlung, Compensation und anderer vermeint-

lich privilegirter Einreden ausdrücklich Meldung zu thun.

29) Die römische Bestimmung: Confessus in jure pro judicato habetur, wirkt in Anwendung auf Teutschland so viel, dafs die Stelle:

„Wenn der Beklagte der Klage geständig ist, und eine Einrede nicht vorgebracht hat, so soll verurtheilende Erkenntnifs, ohne vergebliche Verhandlungen weiters zuzulassen, sogleich gefällt werden,"

ein nützlicher Zusatz nach dem §. 10. als 11. §. seyn könnte.

Zehnter Titel.

Von dem fernern Verfahren über die Klage, und dem Gütetermine.

§. 1. N. 1.

„Die eingereichte Antwortschrift hat der Richter dem Kläger abschriftlich zuzufertigen, und dieser, wenn er eine Replikschrift einreichen will, solche binnen sieben Tagen zu übergeben (Tit. IX. §. 1. N. 8. 9.)."

Anm. 30) §. 1. N. 1. Der zur Replik bestimmte Termin von 7 Tagen möchte nur we-

nigen Streitsachen anpassen. Man gebe lieber sogleich 14 Tage, um nicht durch Fristgesuche vergebliche Kosten zu machen.

§. 6.

„1) Den Gütetermin hat der Richter als eine der wichtigsten Angelegenheiten seines Amtes anzusehen, und sich so zu benehmen, dafs die Absicht, die Partheyen, so viel möglich, ohne die Weitläuftigkeit des förmlichen Prozesses auf billige Bedingungen auseinander zu setzen, nicht durch seine Schuld verfehlt werde. Vieles wird hierbey darauf ankommen, dafs er durch sein ganzes Betragen, auch ausser der Gerichtsstube, sich den Ruf eines uneigennützigen, redlichen und verständigen Mannes erwerbe, und solchergestalt seinen Vorstellungen und Vorschlägen Ansehen und Zutrauen verschaffe.

2) Da die Sachwalter der Partheyen jene Absicht ungemein befördern, oder deren Erreichung Hindernifse in Weg legen können, so werden auch diese an ihre Pflicht hierbey ernstlichst erinnert.

3) Die höheren Justitzcollegia haben daher in den an sie kommenden Acten, wie überhaupt, also auch besonders in Ansehung dieses Termins sorgfältig darauf zu sehen, wie Richter und Advocaten ihrer Obliegenheit nachgekommen sind: und so oft sie bey dem einen oder dem andern Mangel des guten Willens oder der erforderlichen Kenntnisse oder Geschicklichkeit bemerken, defshalb, wo nicht die Beschaffenheit des Vergehens sofort strenge Ahndung er-

heischt, die nöthige Erinnerung zu thun, und wenn diese nicht fruchtet, andere wirksame Vorkehrung zu treffen, oder bey der Behörde zu veranlassen."

Anm. 31) §. 6. Der Versuch der Güte nach geschlossenen Verhandlungen, worauf die Partheyen Zeit und Kosten aufgewendet haben, und dem Urtheil ganz nahe sind, wird wenig fruchten. Zweckmäfsiger möchte es seyn, vor der Einleitung zu Verhandlungen den ersten Versuch zu machen, und ihn am Schlusse des Verfahrens zu wiederholen. — Will man aber dieses nicht, so sollte wenigstens bey Streitigkeiten zwischen Ehegatten, dann Eltern und Kindern, dem Richter zur Pflicht gemacht werden, vor der Antwort auf die Klage die Güte unter ihnen zu versuchen.

Anm. 32) Ebend. Manche fragen, ob eine Parthey gezwungen werden könne, im Gütetermine zu erscheinen? Ich denke, jede Parthey hat Anspruch auf Schutz ihrer Rechte, und ist eben darum befugt, vom Richter mehr eine Entscheidung, als eine Vermittlung zu erwarten. Sie kann also erklären, dafs sie sich nicht vergleichen wolle, und den Gütetermin verbitte; eine Strafe hat sie dadurch gewifs nicht verdient. Diefs möchte zum §. 10. zu bemerken seyn.

—o—

§. 10. N. 4.

„Da bey der Vorschrift, dafs die Partheyen in dem Gütetermine die in den Händen habenden Urkunden mit zur Stelle bringen sollen, die Absicht dahin geht, dem Richter nähere Uebersicht der Lage der Sache zu verschaffen, und dadurch die wirksame Pflegung der Güte zu befördern; so ist zwar der Parthey, welche in dem Gütetermine nicht erscheint, oder doch die in den Händen habenden Urkunden nicht mit zur Stelle bringt, dadurch nicht benommen, sich derselben zu seiner Zeit bey dem Beweise oder Gegenbeweise zu gebrauchen. Sie ist aber defshalb, wenn sich findet, dafs die nachher producirten Urkunden schon zur Zeit der Gütepflegung in ihren Händen gewesen sind, nach Befinden um fünf bis zehn Thaler zu bestrafen."

Anm. 33. §. 10. N. 4. Produktion der Urkunden in Gütetermine, gütliche und streitführende Handlungen in einem Termine möchten schwer vereinbar seyn. Die hier wieder vorkommenden Geldstrafen von 5—10 Rthlr. verdienen gestrichen zu werden.

Anm. 34) Warum die Lehre vom Geständnifs und

Anm. 35) von der Beweislast ganz mit Stillschweigen übergangen wurden?

Anm. 36) Auch würde nützlich seyn bey Tit. 11. vor dem §. 5. folgenden neuen einzuschalten:

„Der Richter soll, so oft er wahrnimmt, dafs die Entscheidung des Streits von Einnehmung des Augenscheins, oder von Beurtheilung durch Sachverständige abhängt, darauf noch vor dem Beweisinterlocut, und unangesehen, ob über den Umstand der Eid von einer Parthey zugeschoben wurde, oder nicht, die angemessene Verfügung erlassen."

Zweckmäfsigkeit und Abkürzung des Verfahrens bringt dieser Zusatz gewifs hervor.

Eilfter Titel.

Von der Sentenz nach dem Verfahren über die Klage.

Zwölfter Titel.

Von dem Beweise.

§. 3. N. 3.

„Die Sentenz, welche auf die Legitimation zur Sache interloquirt, ist darauf zu richten, dafs solche binnen 14 Tagen bey zehn Thaler Strafe beygebracht werden solle. Dieses zu befolgen, liegt der Parthey ob, ohne defshalb eine besondere Verordnung des Richters zu erwarten. Kommt die Parthey binnen der vierzehntägigen Frist nach der Rechtskraft der Sentenz mit der Beybringung der Legitimation

nicht ein; so hat der Richter, ohne dafs es eines Ansuchens des Gegners bedarf, die verwirkte Strafe einzutreiben, und die säumige Parthey zu solcher Beybringung der Legitimation, durch von Zeit zu Zeit zu erhöhende Strafauflagen und jedesmalige Eintreibung der verwirkten Strafe anzuhalten. Eine Verlängerung der in der Sentenz bestimmten Frist mag der Richter nur alsdann bewilligen, wenn sie aus erheblichen, sofort einigermafsen bescheinigten Ursachen gesucht wird."

Anm. 37) §. 3. N. 3. Da die Strafauflagen wegen unterlassener Legitimation doch nicht ins Unendliche fortgehen können, so stimme ich dafür, dafs nach fruchtlosen zweymaligen Strafauflagen das drittemal die Legitimation unter dem Präjuditz, dafs der säumige Theil für sachfällig gehalten werde, abzufodern sey.

§. 5. N. 2.

„Die Parthey, welche die ihr aufgelegte Leistung binnen vierzehn Tagen von der Rechtskraft der Sentenz an, oder binnen der in dieser vorgeschriebenen Frist nicht bewirkt, hat der Richter, ohne ein Ansuchen des Gegners zu erwarten, durch von Zeit zu Zeit zu erhöhende Strafauflagen, und jedesmalige Einbringung der verwirkten Strafen dazu anzuhalten."

Anm. 38. §. 5. N. 2. Tritt die nemliche Bemerkung ein.

§. 7. N. 7.

„Bey der, nach Ablehnung des Versäumnisses, zu der Einreichung der Beweisartikel gestatteten anderweiten Frist (N. 4. u. 6.) findet keine fernere Dilation statt, wenn auch gleich dem Beweisführer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Rechten nach zusteht."

§. 8.

N. 2. „Mit solchen Additionalartikeln ist der Beweisführer, welchem den Rechten nach die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, auch nach dem Ablaufe der Beweisfrist, zuzulassen, dafern er nicht schon bey Verlust der gedachten Rechtswohlthat Dilation erhalten hat: und zwar, wenn es dabey auf neues Zeugenverhör ankommt, und schon bey den vorigen Artikeln Zeugenverhöre aufgenommen worden sind, so lange als diese schon aufgenommenen Zeugenverhöre noch nicht zu den Acten gebracht sind; (Tit. XVIII. §. 2.) auserdem aber bis zu der Rechtskraft der Definitivsentenz."

N. 3. „Kann der Vormund oder Administrator, welcher vermöge der, den Rechten nach ihm zustehenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mit Additionalartikeln zugelassen wird, dabey die Schuld der Saumseligkeit nicht ablehnen; so ist er, oder nach Befinden dessen Advocat, die veranlafsten mehrern Kosten aus eignen Mitteln zu erstatten schuldig, und nach Befinden um zehn bis zwanzig Thaler zu bestrafen."

Anm. 39) §. 7. N. 7. §. 8. N. 2. u. 3. Wird der Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand, und namentlich in der letzten Stelle auf eine solche Art gedacht, dafs es scheinen könnte, als treffe das Präjudiz den unschuldigen Pflegbefohlenen; ich wiederhole darüber die 7. u. 8. Bemerkung.

§. 10. N. 2.

„Wenn der Kläger sich an dem Beweise versäumt hat, dennoch aber in der darauf abzufassenden Sentenz der Beklagte von der Klage nicht völlig entbunden werden kann, weil es wegen eingeräumter Puncte der Klage, auf die Erörterung der Einwendungen ankommt, deren Ausführung dem Beklagten in dem nachgelassenen Gegenbeweise obgelegen hätte; so ist zwar defshalb die Sentenz zugleich darauf zu richten, dafs nunmehro der Beklagte binnen sächsischer Frist mit dem Beweise seiner Einwendungen einkommen solle; dem Kläger aber bleibt in diesem Falle kein Gegenbeweis wider den zuerkannten Beweis der Einwendungen nachgelassen, da er mit dem ihm vorher zuerkannten Beweise des Grundes der Klage, welchen er gegen die Einwendungen mit hätte richten können, aufsengeblieben ist (Tit. XIII. §. 3. N. 1.)."

Anm. 40) §. 10. N. 2. Der Gegenbeweis wider den Beweis der Einreden ist von Versäumnifs des Beweises der Klage unabhängig, und der Verlust des letzten für ihn schon empfindlich genug. Um ihn nicht doppelt zu strafen,

würde ich ihm den Gegenbeweis gegen den Beweis von Einreden ausdrücklich verstatten, dem er jedoch nichts, was auf den versäumten Beweis der Klage sich bezieht, beysetzen darf.

Dreyzehnter Titel.

Von dem Gegenbeweise.

§. 3. N. 1.

„Wenn von dem Kläger der ihm zuerkannte Beweis des Grundes der Klage eingereicht worden ist; so hat der Beklagte den ihm nachgelassenen Gegenbeweis zugleich auf die bey der Antwort auf die Klage angeführten zerstörlichen, oder die, in diesem Betracht ihnen gleich zu achtenden, verzögerlichen Einwendungen (Tit. IX. §. 6. N. 3.) mit zu richten: und er ist nachher mit einem besondern Beweise derselben nicht zu hören. So hat auch der Kläger, da er von den Einwendungen des Beklagten bey der Antwort auf die Klage Wissenschaft erlangt, wider dieselben, wenn er es für nöthig findet, seine Beweisartikel mit zu richten: und ist nachher mit einem besonderen Gegenbeweise deſshalb nicht zu hören."

Anm. 41) Die Gründe wider die §. 3. N. 1. verordnete Verbindung des Beweises der Einreden mit dem Gegenbeweis habe ich (im Hdb. d. gem. Proz. B. II. S. 384—388. erster

und B. II. Abh. 42. zweyter Ausg.) dargelegt, auf welche ich mich gegen diesen §. der Kürze wegen beziehe.

Vierzehnter Titel.

Von dem Beweise durch Besichtigung und dem Ermessen sachverständiger Personen.

§. 7. N. 1.

„Dem Richter steht ebenfalls zu jeder Zeit, so lange die Definitivsentenz nicht rechtskräftig geworden ist, frey, wenn er es bey dem Zeugenverhöre oder sonst nöthig erachtet, auch ohne Ansuchen einer Parthey, eine Besichtigung zu veranstalten. Er hat solchenfalls beyden Theilen davon Nachricht zu geben, und wenn er deren Gegenwart, damit sie die etwa erfoderlichen Erläuterungen ertheilen, dabey nönöthig findet, ihnen nicht blofs das Ercheinen freyzustellen, sondern sie bey Strafe dazu vorzuladen."

Anm. 42) Der 14te Titel läfst vieles zu wünschen übrig, und ist einer der unvollkommnern im Entwurfe. Ich beziehe mich auf mein Hdb. B. II. Abh. 35. erster und B. II. Abh. 44. u. 45. zweyter Ausgabe. Insbesondere sollten

a) Augenschein und Kunstverständige insoferne getrennt werden, als dort von blofser Wahrnehmung — hier von Beurtheilung die Rede ist.

b) Ist nicht bestimmt, ob der sogenannte Beweis durch Kunstverständige an einen Beweistermin gebunden sey. Dafs er es nicht seyn könne, läfst sich nicht bezweifeln, aber es sollte im Gesetzbuch ausgesprochen werden.

c) Insbesondere ist bey Kunstverständigen die wichtige Frage ganz übergangen: ob und wie lange ihr Parere angeflochten werden könne? — Meine darüber im Hdb. B. II. aufgestellten Grundsätze dürften vielleicht zur Basis der neuen Gesetzgebung genommen werden.

Anm. 43) §. 7. N. 1. Um allen Mifsdeutungen vorzubeugen könnten bey dieser Stelle die Worte:

„wenn es bey dem Zeugenverhöre oder sonst"

gestrichen werden.

Fünfzehnter Titel.

Von dem Beweise der Urkunden.

§. 4.

„Werden Schriften als Beweis- oder Gegenbeweisurkunden inducirt, welche, wenn sie auch der Gegner recognoscirt, an und für sich nichts beweisen; so ist der Verfasser der Artikel um fünf Thaler zu bestrafen."

Anm. 44) §. 4. Die hier angedrohte Strafe ist als eine harte Beschränkung der Vertheidigungsmittel zu streichen. Wie oft glaubt nicht eine Parthey, eine Urkunde möchte ihr wenigstens in Verbindung mit andern Beweismitteln nützen, und wie viel hängt nicht hier von den verschiedenen Ansichten der Menschen ab?

§. 5. N. 9.

„Wenn beyde Partheyen Kaufleute sind, so hat es auch bey dem, was in der Leipziger Wechselordnung vom Jahre 1682. §. 24. Sobald etc. in Ansehung der Scontrobücher festgesetzt ist, in so fern die Sache nach dieser Wechselordordnung zu beurtheilen ist, sein Bewenden."

Anm. 45) §. 5. N. 9. Wird eine Stelle der Leipziger Wechselordnung allegirt; ich wünschte, dafs ihr Inhalt eingetragen wäre.

ibid. N. 17.

„In Ansehung der durch die Dienstboten und andere Personen für Jemanden abgeholten Waaren bewendet es bey dem, was in dem defshalb ergangenen Mandate vom 21ten December 1708. verordnet ist."

Anm. 46) Ebend. N. 17. Ueber diesen wichtigen Gegenstand sehe ich das blofse Allegat eines bald hundertjährigen Mandats ungern. Es macht eine geringe Mühe, seinen Inhalt ganz anzuführen.

§. 7. N. 6.

„In wie fern nach der Rechtskraft der Definitivsentenz die Abänderung derselben wegen neuerlich aufgefundener Urkunden gesucht werden könne, defshalb bewendet es bey dem, was in den Rechten verordnet ist."

Anm. 47) §. 7. N. 6. Ueber die Frage: ob aus neu aufgefundenen Urkunden Restitution gesucht werden könne? — Darüber wird auf jenes hingewiesen, was in den Rechten verordnet ist. — In welchen Rechten? Etwa dem gemeinen Rechte? Mir scheint es, weil Tit. 25. darüber nichts Bestimmtes vorkommt. Da aber eine Prozefsgesetzgebung ein wichtiges Rechtsmittel durchaus nicht unbestimmt lassen kann, so mufs dieser Ausdruck so abgeändert werden: „Was im Tit. 25. verordnet ist" dort werde ich mich weitläufiger erklären.

§. 17. N. 3.

„Wenn die Parthey in dem anberaumten Termine nicht erscheint, oder der Leistung des Eides sich verweigert: so ist sie derselben Urkunden verlustig, und nach Befinden überdiefs um zwanzig und mehrere Thaler zu bestrafen. Dafern aber der Advocat aufsenbleibt, oder der Eidesleistung sich verweigert, so ist derselbe in die verwirkte Strafe zu nehmen, und nach Befinden, überdiefs von der Praxi auf einige Zeit zu suspendiren, oder gar zu removiren. auch sol-

chenfalls die Parthey, wenn diese demungeachtet den Eid leisten will, desto dringender vor dem Meineide zu verwarnen."

Anm. 48) §. 17. N. 3. Die hier angedrohten harten Geldstrafen von 20 Rthrn. gegen die Parthey und Suspension des Advocaten verfehlen aber wegen ihrer Verbindung mit dem Eid vor Gefährde ihren Zweck; denn jeder wird eher schwören, als sich den harten Strafen unterwerfen: wozu alsdann der Eid?

§. 19. N. 3.

„Sind dem Pro- oder Reproduct die Urkunden, welche er recognosciren soll, schon bekannt — z. B. wenn sie vor dem Termine eingereicht, und von ihm in Augenschein genommen worden; — so ist es nicht nothwendig, dafs er in dem Termine persönlich, oder durch einen Bevollmächtigten an der Gerichtsstelle erscheine; sondern er kann vor oder in dem Termine, mittelst Schreiben die Recognition bewerkstelligen, oder zu der endlichen Diffefsion sich erbieten."

Anm. 49) §. 19. No. 3. Da den Produkten der Inhalt der Urkunden schon vorhin bekannt seyn mufs, und seine Erklärung, dafs er sie anerkenne, ein Geständnifs des Inhalts, so kann die Rekognition allemal schriftlich geschehen. Ich stimme daher für folgende Abänderung:

Der

„Der Produkt kann statt der Rekognition den Inhalt der Urkunde schriftlich einbekommen, wonach es eine Rekognition des Originals nicht bedarf. Jede schriftliche Erklärung des Produkten, dafs er die Urkunde rekognoscire, soll für ein solches Geständnifs gelten."

§. 18. N. 2.

„Dem Pro - oder Reproducenten ist nachgelassen, von denjenigen Urkunden, von welchen er den Artikeln extractsweise Abschrift beygefügt hat (§. 2. N. 3.), in dem Productionstermine nur diejenigen Stellen, welche der Extract enthält, zur Einsicht des Pro - und Reproducten, offen vorzulegen, die andern aber durch Versiegeln oder sonst auf thunliche Art verchlossen zu halten."

Anm. 50)[§. 18. Num. 2. Nach der Natur der Sache mufs eine Urkunde, soweit sie sich auf den Streitgegenstand erstreckt, vollständig producirt werden, wenn gleich der Producent sich nur auf einige Stellen (passus concernentes) berufen hat. Daher mufs diese Verordnung N. 2. dahin abgeändert werden:

Der Producent mufs die Urkunde nach allen Punkten vorlegen, welche sich aufden Streitgegenstand beziehen, wenn er sich auch

darauf für seinen Beweis nicht bezogen hatte. So weit aber ihr Inhalt andere Gegenstände betrift, ist er sie vorzulegen nicht schuldig, und er kann sie durch Versieglung oder auf andere thunliche Art verschlossen halten.

Anm. 51) Da in Sachsen die Rekognition, nicht blos auf Authenticität, sondern auch dahin gerichtet seyn mufste, dafs die Urkunde das sey, wofür sie der Producent ausgiebt, z. B. ein Kaufbrief etc., dieses aber, die Aechtheit der Urkunde vorausgesetzt, lediglich von der richterlichen Beurtheilung abhängt, so verdiente bey der Recognition die Aufhebung der vorigen Sitte eine ausdrückliche Erwähnung.

§. 24.

N. 1. „Wenn Pro- oder Reproduct seine, unter einer producirten Urkunde befindliche Nahmensunterschrift anerkennt, dabey aber eidlich behaupten will, dafs dieselbe gemifsbraucht, oder die über der Nahmensunterschrift befindliche Ausfertigung erst nachher, wider sein Wissen und seinen Willen, erfolgt sey; so ist er mit dieser eidlichen Diffefsion des Inhalts der producirten Urkunde zuzulassen."

N. 3. „Räumt der Pro- oder Reproduct ein, dafs er eine Urkunde, welche schon extendirt gewesen, unterschrieben habe,

so ist er zu der Diffesion des Inhalts nicht zuzulassen, wenn er gleich vorschützt, dafs er die extendirte Urkunde vor der Unterschrift nicht durchgelesen habe; oder auch, dafs er nur mit geführter Hand unterschrieben habe, Geschriebenes nicht lesen könne, und der Inhalt ihm nicht vorgelesen, oder er desselben nicht eigentlich verständigt worden sey."

52) §. 24. N. 1. Wird die eidliche Diffession eines Dokuments, was seinen Inhalt angeht, auch bey anerkannter Unterschrift erlaubt. Nicht zu gedenken, dafs der Fall N. 3. vom ersten gar nicht wesentlich genug verschieden sey, um bey einem den Diffessionseid zuzulassen, und bey dem andern ihn zu verwerfen, könnte mit dieser, übrigens nicht einmal rechtmäfsigen Verordnung gar kein Credit bestehen, welchen doch ein Comerzialstaat, wie Sachsen, berücksichtigen mufs. Ich trage daher auf folgende Abänderung an:

> Will der Produkt den Inhalt einer Urkunde eidlich abläugnen, deren Unterschrift er rekognoscirt, so soll es ihm nur in zwey Fällen erlaubt seyn, wenn er nemlich beweisen kann, dafs entweder 1) der Aussteller zur Unterschrift böslich verleitet worden sey, oder 2) eine Charta blanca ausgestellt habe, über deren Verwendung

der Producent sich nicht rechtfertigen kann.

§. 25.

N. 4. „Wenn eine Parthey von dem Verfahren des Richters, welcher Termin zu der Leistung des Diffesionseides anberaumt hat, oder defsen Leistung zu der Definitivsentenz aussetzt, appellirt; so hat der Oberrichter, dafern nicht die Beschwerden, zumal in dem ersteren Falle, sehr erheblich sind, die Appellation zu verwerfen, und nach Befinden den Appellanten oder dessen Advocaten um 5 Thl. zu bestrafen. Dem Ermessen des Oberrichters bleibt auch heimgestellt, nach Befinden die Appellation zwar zu verwerfen, jedoch den Unterrichter wegen des Verfahrens zu rectificiren.

N. 5. „Wenn der Pro - oder Reproduct, welcher sich zur eidlichen Diffefsion einer Urkunde erboten hat, dieses Anerbieten nachher widerruft, oder wenn er in dem zu der Leistung des Diffefsionseides anberaumten Termine, bey welchem das Erscheinen des Pro - oder Reproducenten nicht nothwendig ist, aufsenbleibt, oder den Eid zu leisten Bedenken trägt; so ist nicht nur die Urkunde für anerkannt zu achten, sondern er ist auch der Einwendungen, welche er gegen dieselbe, und gegen die durch diese Urkunde erwiesenen Puncte, sonst gehabt hätte, verlustig, und nach Befinden um 20 und mehrere Thaler zu bestrafen, dafern er nicht, wenn es eine nicht von ihm selbst ausgestellte Urkunde betrifft, eidlich bestärken kann, dafs er dieselbe zu der Zeit, als er sich zur Diffefsion erboten, wirklich für falsch gehalten, und dabey nicht unredlich gehandelt habe."

Anm. 53) §. 25. N. 4. Hier sowohl, als an vielen andern Stellen wird mit Verwerfung der Appellation eine Strafe von 5 Thlrn. verbunden. Nur sehr erhebliche Beschwerden sollen davon befreyen. Wie sehr beschränkt man doch die Vertheidigungsmittel! und wie relativ ist der Ausdruck: sehr erheblich!

Anm. 54) §. 25. N. 5. Werden gar 3 Strafen gehäuft! Er werde sachfällig, diefs ist poena jurare nolentium, aber zu einer Geldstrafe von 20 Thlrn. sehe ich keinen Grund.

§. 26.

„Die Vergleichung der Handschrift (comparatio litterarum) hat, als ein Mittel, die eidliche Diffefsion unzuläfsig zu machen, nicht statt."

Anm. 55) §. 26. Ich halte die Comparatio litterarum nicht für verwerflich. Ein Producent, welcher eine Urkunde, und das Gutachten der Kunstverständigen über die Comparatio literarum für sich hat, verdient offenbar mehrere Begünstigung, als sein Gegner, der aufser der Lust, den Diffessionseid zu schwören, nichts für sich hat. Doch würde ich beysetzen, dafs die Comparatio litterarum keinen vollen Beweis mache, sondern lediglich dem Producenten zum Erfüllungseide helfe, welcher dann nicht blos

auf die Authenticität der Urkunde, sondern auch auf die Wahrheit ihres Inhalts gerichtet seyn müfste.

§. 27. N. 6.

„Ein Gegenbeweis hat nicht statt."

Anm. 56) §. 27. N. 6. Die Verordnung, dafs gegen die Rekognition durch Zeugen ein Gegenbeweis unzuläfsig sey, stöhrt den rechtlichen Anspruch beyder Partheyen auf gleiches Gehör und gleiche Vertheidigungsmittel.

§. 28.

N. 2. „Die Gegenparthey sowohl als der Dritte haben also binnen der vorgeschriebenen Frist oder in dem aufs späteste zu der Edition anberaumten Termine die defshalb an sie ergangene Verfügung des Richters zu befolgen, oder, wenn die Urkunde, deren Edition von ihnen gefordert worden, zwar bey ihnen anzutreffen ist, jedoch in Absicht auf den Beweis- oder Gegenbeweispunct, bey welchem sie inducirt ist, schlechterdings nichts enthält, und wenn sie daher zu der Edition sich nicht verbunden achten, solches dem Richter längstens in diesem Termine anzuzeigen, auch dabey die Ursachen anzuführen und nach Befinden zu bescheinigen, aus welchen ihnen daran gelegen sey, nicht zu ediren."

N. 8. „Bey Abfafsung des Bescheides hat der Richter sorgfältig zu erwägen, ob und was der Beweis- oder Gegenbeweisführer zur Darthuung seines Interesse bey der Edition

beygebracht habe; und ob aus genugsamen Gründen vermuthet werden könne, dafs die Urkunde, von welcher die Frage ist, irgend etwas, in Absicht auf den Beweis- oder Gegenbeweispunct, bey welchem sie inducirt worden ist, enthalten möchte, ingleichem ob etwa dieser Beweis- oder Gegenbeweispunct an sich irrelevant, oder ob zu ersehen sey, dafs die Urkunde, ihrer bey der Inducirung angegebenen Beschaffenheit nach, wenn sie auch edirt werde, an sich nichts erweisen könne. Doch hat er, wenn er auch nach allen diesen Umständen das Editionsgesuch nicht hinlänglich begründet zu seyn scheint, nicht minder zu erwägen, ob derjenige, welcher ediren soll, irgend eine nicht ganz unerhebliche Ursache angeführt habe, weshalb ihm daran gelegen sey, nicht zu ediren."

Anm. 57) §. 28. N. 2. Keinem Dritten kann das Erkenntnifs über die Frage, ob die Urkunde, deren Edition verlangt wird, etwas für den Beweis Erhebliches in sich fasse, überlassen werden, auch dieses

Anm. 58) N. 8. vom Richter nicht einmal beurtheilt werden, wenn nicht der Inhalt der Urkunde schon bekannt ist. — Daher müssen beyde Stellen, als in soweit auf einem falschen Grunde ruhend, verbessert werden.

Anm. 59) Auch fodert die Frage: welche Urkunden ein Dritter zu ediren nicht schuldig sey, nach bekannten Grundsätzen und der

Analogie vom Zeugenbeweise eine nähere Bestimmung.

60) Von verlornen Urkunden ist gar nichts gemeldet. Die Grundsätze sind bekannt genug, um hier nur auf die Lücke aufmerksam zu machen.

61) S. 228. Zeile 3. u. 4. fehlt ein Wort, das ergänzt werden mufs.

Sechszehnter Titel.

Von dem Beweise durch Zeugen.

Anm. 62) Dafs weder über die Frage, welche Zeugen unfähig, oder verdächtig seyen, noch darüber, welche Personen zu einem Zeugnifs nicht gezwungen werden können, in der Gerichtsordnung etwas entschieden ist, ob sie gleich beyde Fragen berührt, ist eine leicht zu hebende Unvollkommenheit.

§. 2.

N. 10. „Ist der zuerst angegebene Zeuge wegen eines Verbrechens Zeugnifs abzulegen unfähig, dennoch aber abgehört worden; so findet die Benennung neuer Zeugen an dessen Stelle in der vorgedachten Mafse (N. 78.), so lange die in der Sache aufgenommenen Zeugnifse noch nicht zu den Acten gebracht sind, ebenfalls statt. Die Aussagen des

schon abgehörten Zeugen, in Ansehung dessen zu der Zeit, da der Zeugenrotul zu den Acten gebracht werden soll, entschieden ist, dafs er damals, als er abgehört worden, Zeugnifs abzulegen unfähig gewesen ist, sind nicht mit in den zu den Acten zu bringenden Rotul aufzunehmen."

N. 11. „Benennt der Beweis - oder Gegenbeweisführer statt des verlornen Zeugen einen oder mehrere andere; so kann er auch binnen der dazu nachgelassenen sächsischen Frist neue Artikel einreichen, über welche die benannten andern Zeugen abgehört werden sollen."

N. 12. „Diese neuen Artikel können jedoch, wenn der Beweis oder Gegenbeweis mehrere verschiedene Puncte (themata probanda) enthält, auf andere Puncte nicht gerichtet werden, als nur auf diejenigen, über welche der verlorne Zeuge hat abgehört werden sollen. Aber in Ansehung dieser Puncte, über welche der verlorne Zeuge abgehört werden sollte, können sie auf andere von den vorigen Artikeln angegebenen verschiedenen Umstände gerichtet werden."

N. 13. „Die Gegenparthey kann bey den neuen Artikeln mit zuläfsigen Fragstücken einkommen. Ein neuer Gegenbeweis aber findet, wenn es gleich der Beweisführer ist, welcher neue Artikel übergiebt, nicht statt, dafern sonst die Gegenbeweisfrist abgelaufen ist."

Anm. 63. §. 2. N. 10.—13. Mir scheint hier ein mehr allgemeiner Satz, den auch die natürliche Billigkeit unterstützt, verborgen zu seyn. Warum soll nicht der Producent, wenn ihn

ein Zufall um jenen Zeugen brachte, von dessen Wissenschaft und Redlichkeit er das meiste hoffen konnte, auch noch zu andern Beweismitteln, und selbst, wenn ihm nur noch ein Zeuge übrig bliebt, zur Eidesdelation seine Zuflucht nehmen können? Novum emergens novum requirit auxilium, und das novum emergens ist ein verlornes Beweismittel, das novum auxilium kann also auf neue Zeugen, wenn man Zeugen, oder auf Urkunden, wenn man Urkunden durch Zufall verloren hat, niemals beschränkt seyn. — Ich unterschreibe daher zwar alles, was hier vorgetragen ist, nur stimme ich für einen erweiternden Nachtrag dahin:

Will der Producent anstatt des verlornen Zeugen Urkunden produciren, so soll es ihm unverwehrt seyn, auch kann er, wenn ihm nur ein Zeuge oder zwey verdächtige Zeugen übrig geblieben sind, den Zeugenbeweis ganz fallen lassen, und zur Eidesdelation zurückgehen, wenn gleich der Beweistermin verstrichen ist.

Siebzehnter Titel.

Von dem Beweise durch Eidesdelation.

§. 1. N. 5.

„In untheilbaren Sachen hat die Eidesdelation des einen Consorten über Puncte, in Ansehung derer der andere Consorte sich anderer Beweismittel gebraucht, nicht statt."

Anm. 64) § 1. N. 5. Warum hier die Eidesdelation eines Consorten nicht statt habe, sehe ich nicht ein. Mir scheint zweckmäfsiger zu verordnen:

Wenn in untheilbaren Sachen ein Streitgenosse sich der Eidesdelation bedient, ein anderer Urkunden oder Zeugen zum Beweise gebraucht, soll mit dem Erkenntnifs auf die Eidesdelation abgewartet werden, bis sich nach Aufnahme der Beweise des einen Consorten an Tag legt, dafs der erforderliche Beweis weder durch Urkunden noch Zeugen hergestellt wurde.

Anm. 65) Ueberhaupt hätte genauer bestimmt werden sollen, wer den Eid zuschieben könne — wem — und in welchen Sachen?

§. 9. N. 4.

„Auch ist bey demselben kein Gegenbeweis zu gestatten."

Anm. 66) §. 9. N. 4. Warum bey der Gewissensvertretung Gegenbeweis für unerlaubt erklärt werden könne, sehe ich nicht ein. Der Deferent hat seine Beweise gegen die Eidesdelation nur in der Voraussetzung unbenützt gelassen, dafs er zur Eidesleistung komme. Cessirt diese Vorausaussetzung, bedient sich der Delat anderer Beweismittel, so wirkt die rechtliche Gleichheit unter den Partheyen soviel, dafs man auch dem Deferenten nun den Gebrauch seiner — für diesen Fall nicht aufgegebener — Beweismittel verstatten müsse. Welchen Gefahren wäre sonst der Deferent ausgesetzt!

Anm. 67) Im Ganzen hätte das Beweis-Verfahren an Bestimmtheit gewonnen, wenn man

a) das erste Verfahren bis zum Beweisinterlocut auf Herstellung des Streitpunktet beschränkt, und alles, was zum Beweisverfahren gehört, namentlich die Eidesdelation davon getrennt —

b) bey dem Beweisinterlocut die Fragen von der Beweislast bestimmt — hierauf

c) Die Beweismittel nach ihrem Gewichte und eigenthümlichen Verhältnissen behandelt —

d) sodann vom Beweistermin und der Beweisantretung

e) dem Verfahren über Zuläfsigkeit der Beweismittel (Produktionsverfahren),

f) von Vollführung des Beweises (Produktionstermin) gesprochen; anbey

g) den anticipirten Beweis mit dem nach vorausgegangenen Beweisinterlocute gleich gestellt hätte.

Da das Beweisverfahren höchst wichtig, und im Entwurf hier und da wirklich verworren behandelt ist, so möchte eine Umarbeitung nach den angeführten Rücksichten eine Mühe seyn, welche sich am Ende wohl lohnte.

Neunzehnter Titel.

Von der Abfassung und der Publication der Urtel und Bescheide überhaupt, und der Definitivsentenz insonderheit.

§. 2.

N. 1. „Zu der Einholung rechtlichen Erkenntnifses sind die Acten an ein inländisches Dicasterium, nicht aber an einzelne Rechtsgelehrte, aufser wo es in Rügensachen durch be-

sondere Rescripte angeordnet ist, auch an kein ausländisches Dicasterium zu senden."

N. 3. „Wollte auch von den Interessenten auf die Versendung der Acten an einzelne Rechtsgelehrte oder an ein ausländisches Dicasterium compromittirt werden, so ist das Compromiſs ungültig.

Anm. 68) §. 2. N. 1. Das Verbot der Aktenversendung an auswärtige Dicasterien und Spruchcollegien mag zwar in Sachsen, da es zwey Universitäten hat, einigermassen als untadelhaft erscheinen — aber das Verbot N. 3. daſs es nicht einmal gültig geschehen könne, wenn auch beyde Interessenten einwilligen, läſst sich durch keinen befriedigenden Grund rechtfertigen.

N. 5. „Auf die Protestation Eines oder des Andern der Interessenten wider ein gewisses Dicasterium braucht man keine Rücksicht zu nehmen."

Anm. 69) Ebend. N 5. Gerecht finde ich, daſs auf eine bloſse Protestation keine Rücksichten zu nehmen sey, aber von einer durch Gründe untersuchten Rekusation möchte ich das Gegentheil behaupten.

§. 3. N. 3.

„Der Anberaumung eines Inrotulationstermines bedarf es nicht."

Anm. 70) §. 3. N. 3. Den Inrotulationstermin halte ich nur da mehr für nothwendig, als sogar nach No. 2. dem Richter die Beylegung einer Aktendesignation nicht einmal streng vorgeschrieben ist, und den Partheyen doch eine Controlle, um nach den vollständigen Akten beurtheilt zu werden, nicht versagt seyn soll.

§. 6.

1) „Wird der Beklagte in die Abentrichtung eines Quanti mit den Zinsen verurtheilt; so ist in der Sentenz ausdrücklich zu bestimmen, wie hoch jährlich, und von welcher Zeit an die Zinsen gerechnet werden sollen."

2) „Ist einer Schuld halber weniger als Fünf vom Hundert jährlich zum Zinse versprochen worden; so sind dennoch die Verzugszinsen, zwar nicht von der Zeit der Zahlbarkeit der Schuld, aber von dem Tage an, da dem Beklagten die Verordnung auf die Klage insinuirt worden ist, zu Fünf vom Hundert jährlich zu rechnen.

3) „Hat der Schuldner ausdrücklich versprochen, dafs die vom Anfange auf weniger als Fünf vom Hundert jährlich versprochenen Zinsen, dafern sie zu der Verfallzeit nicht abentrichtet worden, in Ansehung des Rückstandes, oder wenn das Capitalquantum zu der Verfallzeit nicht berichtigt wird, von dieser Verfallzeit an zu Fünf vom Hundert gerechnet werden sollen; so ist nach Maafsgabe des Versprechens zu erkennen."

Anm. 71. Der §. 6. erinnert an eine Lücke, welche im Tit. 9. liegt, indem dort die Wirkungen der Litiscontestation wegen Zinsen und Früchten nicht entschieden wurden, obgleich darüber die Meynungen der Rechtslehrer noch getheilt sind.

Zwanzigster Titel.

Von dem Erfüllungs- und Reinigungseide.

§. 1.

1) „Wenn der Beweisführer dasjenige, was er beweisen sollen, nicht vollständig bewiesen, aber doch soviel durch den geführten Beweis beygebracht hat, dafs die zu dem Beweise ausgesetzten Puncte aus hinlänglichen Gründen für zweifelhaft anzusehen sind; so hat der Richter, nach der Beschaffenheit der Umstände, auf den Erfüllungs- oder den Reinigungseid zu erkennen."

2) „Welcher Parthey der eine, oder der andere dieser Eide zuzuerkennen sey, bleibt dem pflichtmäfsigen Ermessen des Richters überlassen. Er hat dabey alle bey der Sache vorkommenden Umstände, und was jede der Partheyen für oder wider die behaupteten Thatsachen dargethan hat, für welcher Parthey Behauptungen daher die stärkere Vermuthung erwächst, nicht minder ob nach den Acten eine Person mehrere Glaubwürdigkeit vor der andern für sich habe, sorgfältig zu erwägen."

3) „Kann

3) „Kann die eine Parthey auf eigene Wissenschaft (de veritate), die andere aber nur auf Glauben (de credulitate) schwören; so ist in der Regel, und wenn sonst kein erhebliches Bedenken entgegensteht, jener der Eid zuzuerkennen."

4) Die Vorschriften, welche wegen des Erkenntnisses auf den deferirten Eid, wenn derselbe auf ein Quantum gerichtet ist, oder wenn er nur aufs Glauben geleistet werden kann, ingleichen wegen der bey dem Eide aufs Glauben der Eidesformel am Schlusse hinzuzufügenden Clausel zu beobachten sind (Tit. XVII. §. 8. N. 8. 10. 14.), finden auch in Ansehung des Erfüllungs - oder Reinigungseides ihre Anwendung.

Anm. 72) §. 1. In diesem ganzen Absatz erhalten in der Frage, ob auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen sey, subjektive Gründe einen Vorzug, welcher den objektiven gebührt.

Gehet man vom höhern Grade der Wahrscheinlichkeit aus, welchen Grolman mit Recht der unbrauchbaren Abtheilung in vollen und halben, mehr oder weniger als halben Beweis substitenirte, so gelangt man bald zur Ueberzeugung, dafs auf die Frage, ob auf den Erfüllungseid zu erkennen sey, der höhere Grad

von Wahrscheinlichkeit weit mehr Einflufs haben müsse, als persönliche Rücksichten auf den Schwörenden. Es soll daher

a) bey einer dringenden Vermuthung allemal auf den Erfüllungseid,

b) bey einer entfernten auf den Reinigungseid erkannt,

c) und nur da, wo die Vermuthungen für und gegen gleich seyn sollten, (in pari causa) diejenige Parthey vorgezogen werden, welche vor der andern über das Wissen schwören kann.

d) Auf höhere Glaubwürdigkeit ist nur bey Personen zu sehen, deren Glaubwürdigkeit gesetzlich vermindert ist.

e) Da man bisher einen klassischen Zeugen für einen halben Beweis ansah, und hiernach den mehr oder weniger als halben Beweis abmafs, so dürfte nützlich seyn, ausdrücklich festzusetzen, dafs die Aussage eines klassischen Zeugen eine dringende Vermuthung (mehr als halben Beweis) gründe.

Ein und zwanzigster Titel.

Von dem Schwörungstermine.

§. 4.

„Stirbt die Parthey, welche den zuerkannten Eid leisten soll, vor dessen Ablegung; so ist defshalb der Eid, wenn sie gleich zu dessen Ablegung sich schon ausdrücklich erboten hat, nicht für geleistet zu achten, sondern von ihren Erben, jedoch nur aufs Glauben (de credulitate) zu leisten.".

Anm. 73) §. 4. Dafs der Tod den Eidschwur nicht ersetze, damit bin ich ganz einverstanden. — Allein einestheils mufs auf das Verschulden einer Parthey, welche wenigstens an der Unmöglichkeit, den Eid nunmehr zu erhalten, Schuld ist, Rücksicht genommen werden, wenn sie nämlich den nahen Tod des Acceptanten voraussehen konnte, und die Eidesleistung hinderte — anderntheils darf man nicht übersehen, dafs für den Deferenten aufser diesem Fall der angetretene Tod ein Zufall ist, der ihm nicht zum Schaden gereichen darf, aber gereichen würde, wenn er das Zutrauen in die Moralität des Verstorbenen wider Willen in dessen Erben fortsezen sollte.

Ich stimme daher zwar für Beybehaltung des §. 4. aber unter folgender Modification:

§. 4. 1) Stirbt die Parthey vor wirklicher Leistung des von ihr abzuschwörenden Eides, so soll zwar der Eid niemals für geleistet geachtet werden; wenn aber

2) ein Verschulden des Gegentheils die Eidesleistung vor dem Todesfalle hinderte, so sollen die Erben des Verstorbenen nicht nur befugt seyn, den Eid nach dem Grade ihrer Wissenschaft, allenfalls (de ignorantia) aufs Glauben zu leisten, sondern auch, der Acceptation ihres Erblassers ungeachtet, zur Gewissensvertretung zugelassen werden, oder von ihrem Gegentheil die Eidesleistung ohne Rücksicht auf Delation, oder Zurückschiebung des Eides schlechthin fodern können.

3) Ausser diesem Falle hingegen steht dem Beweisführer oder dessen Erben, wenn der Tod des Deferenten bey dem zurückgeschobenen, oder des Acceptanten bey dem angenommenen Eide blos als Zufall zu betrachten ist, frey, entweder von den Erben des Verstrobenen den Eid nach dem Grade ihrer Wissenschaft leisten zu lassen, oder sich aller vor Ablauf des Beweistermins erlaubter Beweismittel jetzt noch zu bedienen.

§. 8.

„Erklärt sich eine Parthey, dafs sie den ihm zuerkannten Eid oder einen und andern Punct desselben nicht schwören wolle; so kann sie diese Erklärung, wenn ihr auch gleich die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, nicht widerrufen."

Anm. 74. §, 8. Mit der Unwiderruflichkeit der Eidesverweigerung bin ich einverstanden, aber nicht mit dem Nachsatz, dafs sich dieses auf Partheyen erstrecke, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geniefsen, worunter Pupillen, fromme Stiftungen etc. verstanden werden.

Eidesverweigerung ist ein Akt, womit der Prozefs verloren gegeben wird, also eine Veräufserung, folglich an jene Voraussetzungen gebunden, unter welchen Vormünder und Verwalter fremden Guts solche Veräufserungen vornehmen können.

§. 9.

N. 12. „Sind die Personen zu der Eidesleistung von der Gegenparthey benennt worden; so bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, nach Befinden von derselben oder ihrem Advocaten den Eid vor Gefährde, dafs nemlich bey der Benennung der Personen keine Arglist oder Gefährde gebraucht worden sey, zu erfordern. Dabey finden die wegen

des nach Befinden zu erfordernden Eides vor Gefährde, bey dem Editionsgesuche (Tit. XV. §. 17. N. 2. 3.) ertheilten Vorschriften ihre Anwendung. Die Verwarnung der Gegenparthey ist darauf zu richten, dafs bey unterbleibender Leistung dieses Eides vor Gefährde, der Eid, welchen die Gemeinde oder Genossenschaft schwören soll, für geleistet werde geachtet werden."

Anm. 75) § 9. N. 12. Ich billige zwar diesen Eid vor Gefährde, aber er gehört ad jura partium, und ich glaube, dafs der Richter denselben von Amtswegen nicht zu begehren habe.

N. 13. „Wenn die von der Gegenparthey zu der Eidesleistung ernannten Personen in dem Schwörungstermine erscheinen, aber sämmtlich oder zum Theil der Eidesleistung sich weigern, jedoch dabey anführen, dafs solches nicht um defswillen geschehe, weil sie wüfsten, dafs die behauptete Thatsache, über welche geschworen werden soll, falsch sey, oder weil sie nicht glaubten, und dafür hielten, dafs es sich damit so wie behauptet worden sey, verhalte, sondern um defswillen, weil sie überall von der Thatsache, über welche geschworen werden solle, keine Wissenschaft hätten; so sind sie zu der eidlichen Bestärkung dieses Anführens, welche sie sofort in demselben Termine zu leisten haben, zuzulassen."

Anm. 76) Ebend. N. 13. Hier äussern sich bestimmte schädliche Folgen, wenn

Vorbereitungspunkte im Beweisverfahren mit der Beweisvollführung in einem Termine verbunden werden. Zeit und Kosten sind dabey verschwendet; ich beziehe mich auf die 67. Anm. — Die Eidesformel mufs vor dem Schwörungstermine berichtigt seyn.

Anm. 77. Die wichtige Lehre von Collision der Beweise, welche das römische und kanonische Recht so verworren, und zum Theil zweckwidrig behandeln, ist im Entwurf ganz übergangen, und eine sehr bedeutende Lücke, welche nothwendigerweise ergänzt werden mufs.

Zwey und zwanzigster Titel.

Von den Prozefskosten.

§. 2.

N. 1. „Als Ausnahme von der Regel (§. 1. N. 2.) findet die Compensation der Prozefskosten statt, wenn es bey der Entscheidung der Sache auf eine streitige Rechtsfrage, welche nicht blofs wegen der besondern Meinung eines oder des andern Rechtsgelehrten, sondern wegen der von beyden Seiten sich ergebenden nicht unerheblichen Gründe zweifelhaft ist, ankommt: oder wenn auf eingewendete Rechtsmittel die vorige Sentenz reformirt, und wider die Parthey, welcher

die vorherige Sentenz beyfällig war, erkannt wird; oder wenn auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt, und derselbe geleistet wird; oder wenn die Sache aus mehreren Puncten besteht, und die Sentenz bey einigen dem Kläger, bey andern aber dem Beklagten, beyfällig ist."

N. 4. „Hat der Kläger mehr gefordert, als ihm zuerkannt wird, so bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, nach Beschaffenheit den dabey vorkommenden Umstände, auf die Compensation, oder auf die Erstattung der sämmtlichen, oder eines Theils der Prozefskosten zu erkennen."

Anm. 78). §. 2. N. 1. Wenn über verschiedene Punkte beyde Partheyen sachfällig werden, so findet nur dann Compensation statt, wenn nicht zwischen den für jeden Punkt nothwendigen Prozefskosten ein Mifsverhältnifs eintritt; denn wer möchte ohne Ungerechtigkeit auch dann eine Compensation annehmen, wenn für einen Punkt wenige Gulden, für den andern viele aufzuwenden waren?

Anm. 79) Ebend. N. 4. Da die Frage, wann bey höhern Foderungen des Klägers Compensation der Kosten statt finde, in den folgenden Numern 5. 6. sehr gründlich entschieden wurde, so sollte die schwankende und

ganz überflüssige No. 4. ganz gestrichen werden.

§. 3. Num. 1.

„Wenn von einer Parthey die Kosten wegen eines einzelnen Verfahrens, während des Prozesses, der andern zu erstatten sind; so hat der Richter, auf der letztern Ansuchen, die deßhalb eingereichte Liquidation, wenn es nöthig ist, zu ermäßigen, und der Parthey, welcher die Erstattung obliegt, mit Zufertigung der Liquidation aufzulegen, daß sie den Betrag binnen vierzehn Tagen, bey Vermeidung rechtlicher Zwangsmittel, an die Gegenparthey bezahlen, und daß solches geschehen sey, längstens an dem, bald nach Ablauf dieser Frist, zu bestimmenden gewissen Tage, bey den Acten darthun solle."

Anm. 80) §. 3. N. 1. Ich sehe den Grund nicht ein, warum dem Richter ein solcher Beweis geliefert werden soll: der Sieger wird ohnehin auf Exekution dringen, wenn ihm der Kostenersatz nicht geschehen ist.

aufserordentlichen der Restitution und Nullitätsklage kommen, die Rechtsvertheidigung auch wider Verletzungen durch richterliche Handlungen so genugsam begünstigt sey, dafs jede Ueberschreitung dieses Maafses in eine ordentliche Justitzverzögerung übergeht. Wer erstaunt nicht, wenn er Tit. 23. §. 1. N. 8. liest:

„Wider drey übeinstimmende Sentenzen „ist die an derweite Einwendung eines „Rechtsmittels unzuläfsig, wenn dieselben „auch nicht unmittelbar auf einander gefolgt „sind, sondern in dazwischen publicirten „anders gesprochen worden ist."

Da sind nun fünf Urtheile in einer Sache gesetzlich anerkannt, und wenn es auch noch mehrere seyn sollten. Wer möchte die hieraus entspringende Justizverzögerung, Kosten etc. mifskennen?

Gesetze und Zweck der richterlichen Gewalt vertragen nur drey Instanzen für die ordentlichen Rechtsmittel, wie immer deren Namen seyn mag; auf deren Herstellsung geht mein Vorschlag, wider den sich gewinnsüchtige Advokaten empören werden, wobey sich aber die Justiz desto besser befinden wird.

An die Spitze des 23. Tit. könnte daher folgendes gestellt werden:

§. 1. Zur Abwendung der aus richterlichen Erkenntnissen den Partheyen etwa zugehenden Beschwerden sollen denselben ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel zu-stehen.

1) Das ordentliche Rechtsmittel ist die Appellation und Leuterung (Revision), und es soll, um alle Justizverzögerliche Instanzenvermehrungen zu beseitigen a) in allen Sachen, welche in erster Instanz bey den niedern Gerichten anhängig sind, nur die Appellation an unsere Hofgerichte, und von dieser an unser Oberappellationstribunal in Dresden statt finden; die vormals üblichen Leuterationen aber hiemit ganz aufgehoben seyn. b) War ein Hofgericht, oder ein anders der obersten Justizstelle unmittelbar subordinirtes Gericht schon in erster Instanz Richter, so ist gegen dessen Urtheile die Leuterung (Revision) erlaubt; wider das in dieser Instanz erfolgende Urtheil ist nur die Appellation an die oberste Justizstelle zuläfsig. c) Da für unsere Lande das Appellationstribunal die Stelle der höchsten Reichsgerichte vertritt, so soll nach deren

Beyspiel gegen die von der obersten Justizstelle erfolgenden Decreta processus appellationis denegatoria das Remedium ulterioris supplicationis, gegen dessen Urtheile aber das Remedium Revisionis statt finden.

2) Ausserordentliche Rechtsmittel sind die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und die Nullitätsklage.

Es wird kaum einer Erklärung bedürfen, wie sehr dadurch dieser Gegenstand vereinfacht würde.

Anm. 82) Nun ist die Frage, wann Rechtsmittel erlaubt seyen; insbesondere a) in Disciplinarsachen, b) gegen Provisionalverfügungen, c) gegen die in contumaciam erlassenen Urtheile, d) gegen Dekrete auf einseitige Vorstellungen, e) gegen Arrestverfügungen, f) Executionsbefehle, g) Inhäsivbescheide, h) gemeine Interlocute — beynahe ganz unentschieden belassen.

Anm. 83) Ueber die Suspensivkraft eines Rechtsmittels ist gar nichts bestimmt —

Anm. 84) und die wichtige Lehre von Rechtsmitteln theils zu kurz, ohne gehörige

Ordnung bearbeitet, so, dafs ich diesen Theil des Entwurfs als den unvollkommensten erkläre.

Da aber hier von einer Umarbeitung, keine Rede seyn kann, so erlaube ich mir nur, unter Beziehung auf den 3ten Band meines Hdb. die entdeckten Mängel im Allgemeinen zu erinnern.

Anm. 82) Die von mir vorgebrachte Leuterung würde sich von der Appellation nur in der Devolutivwirkung unterscheiden, dabey aber die Verordnung nothwendig seyn, dafs über die Leuterung die Akten an ein anders Dikasterium, welches das vorige Urtheil nicht abgefafst hat, versendet werden sollen.

Vier und zwanzigster Titel.

Von der Appellation.

§. 1. Num. 6.

„Wird mit Uebergehung einer mittleren Instanz an die höhere appellirt; so kann der Richter der mittlern, auf den an ihn gelangenden Bericht, der Appellation eben so, als ob an ihn gerichtet gewesen wäre, statt geben. Die Rejection hingegen steht ihm in diesem Falle nicht zu, sondern er hat, wenn er die Appellation anzunehmen Bedenken findet, seinen

Bericht an den Richter der höhern Instanz zu erstatten. Von dessen Ermessen hängt es alsdann ab, der Appellation statt zu geben, oder dieselbe zu verwerfen."

Anm. 83) §. 1. N. 6. In dem hier entschiedenen Falle ist der unbefugt umgangene Richter der wirklich zuständige, folglich berechtiget, die Appellation eben so gut zu verwerfen, als derselben statt zu geben.

§. 2. N. 3.

„Das Oberhofgericht und das Hofgericht zu Wittenberg haben, wenn diese vorgeschriebenen Fristen, weil die Urtel und Abschiede daselbst nur zu gewissen Zeiten publicirt werden, und alsdann bisweilen mehrere Berichtserstattungen zusammen kommen, nicht so genau beobachtet werden können, doch Bedacht darauf zu nehmen, dafs die Einsendung der Berichte möglichst beschleunigt werde."

Anm. 84) §. 2. N. 3. Es wäre unstreitig besser, das Hofgericht zu Wittenberg wie die übrigen zu organisiren.

Anm. 85) §. 3. Mufs das zweytemal vorkommende: „ dem Appellanten " einmal gestrichen werden.

§. 7. N. 1.

„Wegen der von dem Oberrichter auf die Appellation zu fassenden Resolution findet dasjenige, was in Ansehung

der Leuterung defshalb verordnet ist (Tit. XXIII. §. 4. N. 5. u. §. 5. N. 1. 2.), seine Anwendung. Jedoch ist der wider die Rechtskraft einer Definitivsentenz, gegen welche die Parthey noch mit keinem Rechtsmittel gehört worden ist, eingewendeten Appellation die Annahme in dem ordent-ichen Prozefse niemals zu versagen."

Anm. 86) §. 7. N. 1. wird verordnet, dafs einer Appellation gegen eine Definitivsentenz, wogegen die Parthey noch mit keinem Rechtsmittel gehört worden ist, die Annahme im ordentlichen Prozesse niemals zu versagen sey.

Anm. 87) §. 8. N. 5. Mufs die Bekanntmachung dem Appellanten geschehen, folglich der dort befindliche Druckfehler verbessert werden.

Wenn es freylich bey dem belassen wird, was über die Leuterungsschrift Tit. 23. §. 4. verfügt und für die Appellationsschrift hier widerholt wird, so kann man dagegen nichts einwenden. Der Richter erkennt beynahe invisis die Prozesse, denn der Leuterant oder Appellant kann sich sogar die nähere Anführung seiner Beschwerden, so wie deren Ausführung vorbehalten, und erst die erkannten Prozesse verbinden ihn zu deren Vorlage.

Aber

Aber eben darin kann ich dieses Verfahren in seiner Grundlage nicht billigen, da es der Chicane bey Appellationen ein weites Feld öffnet, welches weder die mit Rejection derselben verbundene Strafe von 5 Thlrn. noch eine andere Strafe gehörig zu begränzen vermag.

Mein Ideal eines Verfahrens bey ordentlichen Rechtsmitteln wäre im Grundrifs folgendes:

1) Innerhalb 10 Tagen mufs das Rechtsmittel in judicio a quo interponirt werden;

2) dem Appellanten ertheilt der Richter hievon Nachricht, damit er, wenn er glaubt die Suspensivkraft des Rechtsmittels bestreiten zu können, darüber den rechtlichen Antrag besonders stelle, wozu ihm ein Termin von drey Tagen peremtorisch gegeben wird.

3) Begehrt er während anhängender Appellation die Vollstreckung, so mufs der Richter a quo, wenn die Beurtheilung von neuen unbewiesenen Behauptungen nicht abhängt, darüber sogleich erkennen, ausserdem den Antrag des Appellanten an den höhern Richter verweisen. Eine neue

Bayerische Staatsbibliothek München

Appellation gegen Versagung der Suspensivkraft hindert die Vollstrekung nicht.

4) Innerhalb vier Wochen vom Tage des verkündeten Urtheils mufs der Appellant die An- und Ausführung seiner Beschwerden sub poena desertionis übergeben. Hierin mufs derselbe das dem Streit zu Grund liegende Factum, die beschwerende Stelle des Urtheils, und alle seine Beschwerden bestimmt anführen; unterläfst er eines dieser Stücke, so ist seine Appellation desert, auf jeden Fall hemmt sie die Rechtskraft nicht weiter, als gegen das Urtheil Beschwerden bestimmt angeführt wurden. Die Deduktion der Beschwerden kann der Appellant unterlassen, ohne in eine Desertion zu fallen.

5) Vierzehn Tag nach übergebenem Beschwerdenlibelle mufs der Unterrichter denselben mit einem Berichte an den höhern Richter einschicken.

6) Diesem Bericht soll er a) das beschwerende Erkenntnifs, b) die Entscheidungsgründe beylegen: c) in denselben auch mit bestimmter Anführung der Monatstage sich über die Fatalien erklären: d) wenn auf Antrag des Appellaten die Suspensivkraft

versagt wurde, darüber die Entscheidungsgründe vorlegen, e) und wenn die Akten das Factum anders, als es der Appellant im Beschwerdenlibelle vortrug, darstellen, das nöthige mit genauer Hinweisung auf die Akten anmerken.

7) Der Oberrichter hat nunmehr die Fatalien und Formalien zu prüfen.

8) Ist ein Fatale verabsäumt, so erklärt er die Appellation für desert, es wäre denn, dafs der Appellant um Restitution gegen die Verabsäumung aus hinreichenden Gründen gebeten hätte.

9) Bey Prüfung der Beschwerden selbst kommt es darauf an, ob der Appellant ohne eigentliche Beschwerde lediglich aus neuen Beweisen Abänderung des Urtheils begehrt; hier wird die Appellation verworfen, und das neue Vorbringen des Appellanten an die vorige Instanz mittelst Vorbehalt zurückgewiesen — oder ob von einer eigentlichen im Urtheil nach dem Innhalt der vorigen Akten liegenden Beschwerde die Rede ist. Im letzten Fall mufs der Oberrichter, wenn er nach dem Faktum, wie es der Appellant vorstellt, das Urtheil

den Gesetzen gemäfs hält, die Appellationsprozesse aus Mangel einer Beschwerde sogleich abschlagen; ist hingegen vom Richter etwas entscheidendes am Factum des Appellanten als unrichtig angegeben worden, so hat der Oberrichter dem Unterrichter die treffenden Aktenstüke abzufodern, und nach Befund die Appellationsprozesse abzuschlagen, wobey der Appellant oder Concipient, wenn etwas aktenwidriges im Beschwerdenlibell angeführt wurde, mit 10—30 Thlrn. Strafe, der Concipient allenfalls auch mit Suspension auf ein oder zwey Monate zu bestrafen ist. Allemal mufs in diesem Fall dem Appellanten Einsicht des Berichts ausdrücklich verstattet werden, welcher dagegen, wenn er die Angabe des Richters für unwahr hält, binnen 10 Tagen peremtorischer Frist vom Tage des eingesehenen Berichtes an, wozu er jedoch innerhalb sieben Tagen vom Tage des bekannt gemachten abschlägigen Dekrets an schreiten soll, seine Vertheidigung führen kann; Appellationsprozesse werden daher nur dann erkannt, wenn dem Oberrichter die Beschwerden nicht ganz ungegründet scheinen.

10) Hierbey mufs der Oberrichter auf die Suspensivkraft besondere Rücksicht nehmen, wenn sie etwa der Appellation vom Unterrichter versagt worden ist.

11) Die Appellationsprozesse bestehen aus dem Befehle, worinn vom Unterrichter die Akten abgefodert werden; Insibition ist nur im Fall N. 10. nothwendig. Sodann aus einer Mittheilung des Beschwerdenlibells an den Appellanten.

12) Das übrige Verfahren richtet sich nach den Regeln des ordentlichen Prozesses.

13) Ordinationen, womit statt der gebetheнen Appellationsprozesse eine besondere, dem Appellanten günstige Verfügung erlassen wird, sind nur erlaubt, wenn die Beschwerde das richterliche Verfahren angeht, betrifft sie die Hauptsache selbst, so sollen Appellationsprozesse erkannt werden.

Das Ganze müfste freylich in manchen Punkten näher zergliedert werden. Aber man stelle diese Grundzüge mit dem Entwurf der Gerichtsordnung zusammen, um abzuwägen, welche Vorschläge bestimmter, ordentlicher, und justizbeförderlicher seyen.

Fünf und zwanzigster Titel.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§. 1.

„Als ordentliche Rechtsmittel wider die Rechtskraft der Sentenz können nur die Leuterung nebst der Oberleuterung, so weit letztere bey dem Appellationsgerichte zuläfsig ist, und die Appellation gebraucht werden. Andere und namentlich die Supplication und Revision, ingleichen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn sie als ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen wird, finden nicht statt. Derjenige, welcher sie dennoch einwendet, ist damit sofort abzuweisen, und überdiefs willkührlich zu bestrafen."

Anm. 88) Hier wird Restitution gegen verabsäumte Termine und Nothfristen mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile verwechselt, so wesentlich sie auch verschieden sind, denn wer nur gegen Nothfristen restituirt wird, erhält dadurch noch keine Abänderung des Urtheils. Beyde Gegenstände müssen demnach gänzlich getrennt werden; daher kann auch die Stelle des §. 1. nicht unverändert bleiben.

Anm. 89) Da aber im §. 1. die Anfechtung eines rechtskräftigen Urtheils, durch

Restitution als ordentliches Mittel schlechthin verworfen wird, so mufs ich mich darüber näher erklären.

Ordentliches Rechtsmittel im Sinne der Anmerkung 81. kann die Restitution niemals seyn; denn sie setzt allemal ausserordentliche Umstände voraus. Aber so ferne aus noviter repertis Abänderung des Urtheils und nur aus ihnen gesucht wird, fodert die Vernunft ein neues Rechtsmittel so stark, dafs keine Legislation als rechtlich angesehen werden kann, welche hier die Hülfe versagt. — Sie hat mit der Appellation nichts gemein; denn dieser liegen Beschwerden zum Grund über das Urtheil nach den im Verfahren schon vorgebrachten Merkmalen, weshalb sie auch die Devolutivwirkung haben mufs: bey der Restitution aber läfst man die Gerechtigkeit des Urtheils an sich dahin gestellt; man bestreitet nicht seine formelle, sondern seine materielle Gültigkeit, und behauptet, dafs nach neuen Merkmalen das Urtheil anders, und so abgefafst werden müsse, wie es schon zuerst abgefafst worden seyn würde, wenn dem Richter damals die neuen Beweise vorgelegt worden wären; darum kann dieses Rechtsmittel die De-

volutivkraft nicht haben. Restitution gegen Fatalien entfernt nur die Hindernisse zum Behufe eines ordentlichen Rechtsmittels gegen beschwerende Urtheile. — Restitution ex noviter repertis ist ein selbstständiges Rechtsmittel gegen verletzende und nach der vorigen Aktenlage nicht beschwerende Urtheile.

Restitution gegen Urtheile ist daher rechtlich und wesentlich von der Appellation, so wie von der Restitution gegen verabsäumte Fatalien unterschieden und mufs als besonders Rechtsmittel in eine Prozefsgesetzgebung aufgenommen werden. Ich trage demnach auf folgende Abänderung des §. 1. an:

„§. 1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann entweder gegen verabsäumte Termine, oder wegen neu aufgefundenen faktischen Merkmalen gegen rechtskräftige Urtheile nachgesucht werden. Sie macht im letzten Fall ein ausserordentliches Rechtsmittel gegen Urtheile."

Nun können an dem Entwurf die von der Restitution gegen verabsäumte Termine sprechenden §§. 2—5. eingerükt werden, wogegen ich jedoch einige Bemerkungen machen mufs.

§. 2. N. 9.

„Wider eine rechtskräftige Sentenz, welche auf die vorhergegangene Verwarnung „bey Verlust der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" gesprochen worden ist, können Unmündige und Andere, welchen diese Rechtswohlthat zusteht, wenn sie dadurch Schaden erlitten haben, nach Beschaffenheit der Umstände, den Regrefs an ihre Vormünder und Administratoren, oder an die Bevollmächtigten und Advocaten derselben, oder an diejenigen, welche aus einer Bürgschaft oder sonst dafür zu haften haben, nehmen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aber findet weiter und eher nicht statt, als wenn wider diese geklagt worden, und die zuerkannte Entschädigung durch die wider dieselben erfolgte Execution nicht zu erlangen ist."

Anm. 90) §. 2. N. 9. Wird die Entscheidung darauf gebaut; ob eine zweyte Vorladung bey Verlust der Wiedereinsetzung erkannt war, oder nicht, und, da diese Stelle von Unmündigen u. d. spricht, dieser Klausel eine rechtliche Wirkung beygelegt. Da aber schon oben Anm. 7. u. 8. gezeigt wurde, dafs gegen solche Personen rechtlich mit Präjudicien in der Hauptsache nicht fortgeschritten werden könne, so mufs diese Verordnung als Folge eines falschen Princips geradehin gestrichen werden.

Anm. 91. Zwar wird bey dieser Stelle die Wirkung der Klausel nur darauf beschränkt, dafs der Vormund erst auszuklagen sey, nachher aber der Unmündige, wenn er noch Schaden hat, Restitution suchen könne; allein auch dieses ist nicht zu rechtfertigen; denn a) der Unmündige würde allemal für die Nachläßigkeit des Vormunds bestraft schon wegen den Umweg einer Regrefsklage: ihm ist es besser, wenn sein Recht aufrecht bleibt, als wenn er sein verwundetes Recht mit einem neuen Prozesse heilen soll; b) auch die Nachläfsigkeit des Vormunds würde bey wichtigen Streitsachen mit zu harten Folgen belegt, und der Vortheil der Strafe dem Gegner zugespielt.

§. 3.

N. 2. „In Erwägung dessen, soll künftig in den Fällen, in welchen Unmündigen und Andern, welche ihnen gleich zu achten sind, gegen die in den Prozessen versäumten Fatalien, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in der vorgedachten Mafse (§. 2. N. 2.) zu statten kommt, auch Volljährigen, das Fatale mag durch die Schuld ihrer Bevollmächtigten oder Advocaten, oder durch ihr eigenes Versehen versäumt worden seyn, und im ersteren Falle, ohne dafs es vorher der Excussion der Bevollmächtigten oder Advocaten bedarf, sofort unter den nachstehenden Einschränkungen diese Rechtswohlthat ertheilt, dabey aber, um so-

viel möglich Mifsbrauch zu verhüten, Folgendes in Obacht genommen werden."

N. 10. „Wird das Gesuch bewilligt; so hat dennoch die Parthey, welche die Fatalienrestitution erlangt, alle dadurch, und durch ihre Versäumnifs verursachten Unkosten zu erstatten: und ist überdiefs jedesmal, nach Befinden, mit Vorbehalt den von ihrem Bevollmächtigten oder Advocaten defshalb zu suchenden Entschädigung, mit einer der Nachläfsigkeit oder dem Versehen, wodurch das Versäumnifs veranlafst worden ist, angemessenen Geldstrafe von 20 --- 100 Thalern oder mit verhältnifsmäfsiger Gefängnifsstrafe zu belegen. Ohne dergleichen Strafe ist diese Restitution in der Regel niemals zu ertheilen. Nur alsdann mag diese Strafe hinwegfallen, wenn nach dem Ermessen des Collegii, welches die Restitution bewilligt, das Versäumnifs durch solche sofort hinlänglich bescheinigte Umstände entschuldigt wird, unter welchen dasselbe auch im Wege Rechts abgelehnt werden könnte; oder wenn von dem Richter bey Fristen, welche seiner Bestimmung überlassen sind, (Tit. XV §. 12. N. 3. Tit. XVI. §. 23. N. 1.) offenbar auf die dabey vorkommenden Umstände nicht gehörige Rücksicht genommen worden ist."

Anm. 92) §. 3. N. 2. Dafs Grofsjährige gegen Verschulden ihrer Anwälte, ohne sie ausgeklagt zu haben, restituirt werden, ist gerecht; aber es widerspricht dem vorher gerügten Satze: warum soll ein Unmündiger den Vormund vorher ausklagen?

Anm. 93) Ebend. Wird den Grofsjährigen Restitution verstattet, wenn auch das fatale durch ihr eigenes Versehen versäumt wurde, nur sollen sie nach N. 10. mit einer Strafe von 20—100 Rthlr. oder mit verhältnifsmäfsiger Gefängnifsstrafe belegt werden.

Die Ungerechtigkeit dieses Gesetzes fällt in die Begriffe, wenn man den Satz in seine Folge stellt. Was sagt er anders, als dafs man sich von allen Fatalien um 20—100 Rthlr. loskaufen könne?

Verabsäumt ein Grofsjähriger Fatalien, so hat er sein Recht autfgegeben, so mufs er die Folgen seines Verschulden tragen, sein Gegner erwirbt hieraus ein Recht, und der Staat darf sich nicht 100 Rthlr. bezahlen lassen, um dem Gegner sein wohlerworbenes Recht zu entreissen. Ich stimme daher unbedingt für Hinwegstreichung dieser Verordnung mit allen jenen Stellen, welche sich darauf beziehen, da sie die Consequenz des ganzen Verfahrens, und fremde Rechte unheilbar verletzen.

Anm. 94) Insbesondere öffnet der N. 8. der richterlichen Willkühr ein unermessenes Feld, das in keine Gesetzgebung pafst.

§. 4. N. 2.

„Hingegen kann auch derjenige, welcher durch eine auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gerichtete Klage etwas ausführen zu können vermeint, dieselbe anstellen, und die Gegenparthey ist verbunden, sich darauf einzulassen, wenn gleich der vorherigen rechtskräftigen Sentenz durch die gesuchte Execution noch kein Gnüge geleistet ist. Das Verfahren wegen der Execution, und auf die Restitutionsklage ist jedes für sich fortzustellen, ohne eins durch das andere aufzuhalten."

Anm. 95) Der §. 4. N. 2. setzt den Leser in grosse Verlegenheit; denn man weifs nicht, ob die hier genannte Restitutionsklage verschieden ist von der §. 2. genannten ausserordentlichen Wiedereinsetzung. Ist das erste, so herrscht zwischen §. 4. u. §. 1. ein unauflösbarer Widerspruch.

§. 5. N. 1.

„Wenn auf die wider eine rechtskräftige Sentenz erhobene, und bis zu der Publication eines anderweiten Definitiverkenntnifses fortgestellte Restitutionsklage, in diesem eine Abänderung der vorherigen rechtskräftigen Sentenz nicht erfolgt, sondern es bey derselben gänzlich verbleibt; so ist der Kläger, welcher die Restitutionsklage angestellt hat, in die Erstattung der Unkosten zu verurtheilen, und zugleich um fünfzig Thaler zu bestrafen."

Anm. 96) §. 5. N. 1. Warum soll hier eine Strafe von 50 Rthlrn. eintretten? so lange man nicht jeden sachfälligen Kläger um diese hohe Summe bestraft, ist hier die Strafe offenbar ungerecht.

Anm. 97) Da ich in der Anm. 89. die Restitution ex capite novorum gegen Urtheile für rechtlich nothwendig erkläre, so will ich für dieses ausserordentliche Rechtsmittel den Gesetzentwurf einrücken.

1) Gegen rechtskräftige Urtheile kann ausser dem Fall einer Restitution gegen Fatalien, mit welcher ein ordentliches Rechtsmittel zu verbinden ist, nur ex novis um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten und Abänderung des Urtheils erlangt werden.

2) Das neue Vorbringen darf nur faktisch seyn, nova in jure begründen keine Restitution, doch mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts, insofern demselben Thatsachen zu Grunde liegen.

3) Was immer an Thatsachen oder Beweisen in den vorigen Verhandlungen enthalten ist, begründet keine Restitution, ohne Unterschied ob es bey Abfassung des vorigen Urtheils berücksichtigt wurde oder nicht.

4. Besteht das neue Vorbringen lediglich in ganz neuen Thatsachen, oder in einer Wendung auf einen Rechtsgrund, woraus bey den vorigen Verhandlungen das bestrittene Recht noch gar nicht vertheidigt wurde, so qualificirt es zu einer neuen Klage; aber man kann darauf das Rechtsmittel der Restitution nicht bauen.

5) Neue Beweise über Umstände, welche auf das Urtheil wesentlichen Einfluſs haben, begründen eine Restitution, sie mögen das Recht desjenigen, welcher aus Mangel am Beweise im vorigen Urtheile unterlag, unmittelbar oder mittelbar betreffen, indem sie die Nichtigkeit der gegnerischen Beweise darlegen.

6) Doch müssen die neu vorzulegenden Beweise vom Impetraten neu aufgefunden (noviter reperta) seyn. Beweise, welche er vor dem Urtheil schon hatte, sollen unter dem Vorwand, als ob er sie anzuführen nicht für dienlich erachtet habe, für die Restitution nicht angeführt werden können.

7) Kann der Implorant nicht beweisen, daſs er die Nova erst nach dem Urtheil entdeckt habe, so muſs er sich darüber zum

Eide bey dem Restitutionsgesuche erbieten.

8) Mit den neuen Beweisen können die schon in den vorigen Akten liegenden Beweise doch nur insoweit verbunden werden, als die neuen Beweise durch diese Verbindung bestärkt und unterstützt werden.

9) Restitution kann so oft als Nova entdeckt werden, gesucht werden.

10) Innerhalb dreyer Monate von der Entdeckung neuer Beweise mufs die Restitution bey Verlust derselben gesucht werden.

11) Dieses Rechtsmittel hat keine Devolutivkraft.

12) Die Exekution wird aber, soweit das vorige Urtheil noch nicht vollzogen ist, dadurch aufgehalten.

13) In dem Restitutionslibelle mufs der Implorant durch eine genaue Zusammenstellung der neuen Beweise, mit Jenem, was die vorigen Akten enthalten, zeigen, dafs sein gegenwärtiges Vorbringen wirklich neu, und für den Ausgang des Streits relevant sey.

14) Findet der Richter an einem oder dem andern dieser Erfordernisse Mangel, so wird die gebetene Restitution mit Anführung des Grundes ohne weiters verworfen.

15) Gegen dieses abschlägige Dekret kann eine Appellation oder Leuterung, jedoch nur über die Frage, ob die Restitution zuläfsig sey, ergriffen werden.

16) Entdeckt der Richter keinen Mangel, so erkennt er Prozesse, setzt einen Termin zur Abschwörung des Restitutionseides an, und theilt den Restitutionslibell dem Impetraten zur Exception mit.

17) Ueber die Restitutionsgründe wird bis zur Duplik und mit Aufnahme der Beweismittel wie im ordentlichen Prozesse verfahren.

18) Dem Impetraten ist erlaubt, noch nicht vorgebrachte Beweise zu gebrauchen, ohne Unterschied, ob sie ihm schon bey den vorigen Verhandlungen bekannt waren, und ob ein Beweistermin angesetzt war, oder nicht.

19) Gegen das über die Restitution erfolgende Urtheil kann Appellation oder Leuterung,

doch nur beschränkt auf das in der Restitutionssache gemachte Vorbringen, ergriffen werden.

Sechs und zwanzigster Titel.

Von der Nullität der Sentenz.

§. 1. N. 1.

„Wenn der Richter in einer, ihn selbst oder Jemanden der Seinigen betreffenden Sache eine Sentenz abfafst; so ist dieselbe — — — null." — —

Anm. 98) §. 1. Im Eingang wünschte ich dem Beysatz: „ Wenn der Richter absolut unfähig ist , oder in einer ihn selbst etc. "

§. 7.

„Andere Nullitätsbeschwerden sind eben so, wie sonst jede Beschwerde, welche eine Parthey wider die Sentenz zu haben vermeint, mittelst Einwendung der zuläfsigen ordentlichen Rechtsmittel der Leuterung oder der Appellation, binnen der geordneten zehntägigen Frist, von der Publication der Sentenz angerechnet, vorzubringen."

Anm. 99) §. 7. Mit Vergnügen sehe ich hier zum Vortheil der guten Sache eine Verbannung des Unwesens, welches mit den sogenannten Nullitatibus contra jus in thesi begangen wird. — Nur ist das Unwesen so grofs,

dafs mir seine stillschweigende Verbannung nicht genügt; dabey aber zur vollen Rechtlichkeit der Verordnung ein Zusatz nöthig scheint. Ich schlage folgende Fassung vor:

§. 7. Alle andere Nuliitätsbeschwerden sollen an die Fatalien der ordentlichen Rechtsmittel gebunden seyn, und diese Regel auch von den Urtheilen contra jus in thesi gelten, doch mit der Ausnahme, wenn absolut gebietende oder verbietende Gesetze, es geschehe durch Aufstellung eines falschen Satzes, oder durch unrichtige Anwendung der Gesetze, überschritten wurden; in welchem Falle innerhalb 30 Jahren, oder wenn keine Verjährung dagegen eintreten kann, zu jeder Zeit, sogar nach Verlauf von 30 Jahren die Nullitätsklage statt findet.

Neun und zwanzigster Titel.

Von der Litisdenunciation.

§. 1. N. 1.

„Die Litisdenunciation findet statt, wo es auf Gewährleistung ankommt. In Absicht auf blofse Regrefsnehmung wo keine Entwährung eintritt, ist die Litisdenunciation nicht erforderlich.“

Anm. 100) §. 1. Da bey allen Regreſsklagen der nämliche Grund, wie bey Evictionsfällen eintritt, so fodert Politik der Gesetzgebung, beyde Fälle nach gleichen Grundsätzen zu behandeln, und den Begriff der Litisdenunciation dahin zu erweitern.

§. 6. N. 1.

„Wenn der Litisdenunciat auf die ihm zugefertigte Litisdenunciation nichts thut, oder den Hauptproceſs mit fortzusetzen, sich ausdrücklich verweigert; so ist diesem deſswegen kein weiterer Anstand zu geben, auf die Litisdenuntiation aber zu seiner Zeit, was sich gebührt, zu erkennen."

Anm. 101) §. 6. N. 1. Möchte etwa folgende Stellung der Verordnung besser seyn:

Die Aufforderung zur Assistenz soll weder ein Contumazialverfahren, noch einen Streit über ihre Zuläſsigkeit veranlassen, sondern der Litisdenunciat bleibt allemal auf seine Gefahr aus. Doch verliert er hierdurch seine Einwendungen gegen die Regreſsverbindlichkeit überhaupt nicht.

§. 10.

1) „Hat derjenige, welcher sich der Litisdenunciation gegen den Vormann gebrauchen konnte, sich daran versäumt; so ist er seiner Ansprüche an denselben verlustig."

2) „Hat jedoch der Vormann ausdrücklich versprochen, dafs er die Gewähr auch ohne Litisdenunciation, oder auch auf die aufsergerichtlich ihm ertheilte Nachricht von dem anhängig gewordenen, oder bevorstehenden Prozefse die Gewähr leisten wolle; so bleiben diese Ansprüche, nach Mafsgabe des Versprechens, geltend."

3) „Desgleichen bleiben die Ansprüche geltend, wenn der Vormann Einwendungen, Repliken und Beweismittel, durch welche die Parthey in dem Hauptprozefse eine beyfällige Sentenz würde erhalten haben, nicht hat an die Hand geben können."

4) „Es ist aber, wenn in diesen Fällen (N. 2. 3.) Ansprüche geltend bleiben sollen, erforderlich, dafs die Parthey nicht wegen versäumter Fatalien, oder sonst durch eigne Schuld, bey der Führung des Hauptprozesses, sachfällig geworden sey, oder dafs sie, wenn auch diese eigne Schuld nicht eingetreten wäre, dennoch sachfällig würde geworden seyn."

Anm. 102) §. 10. N. 1. Den Satz, dafs die unterlassene Litisdenunciation die Regrefsansprüche vernichte, unterschreibe ich ganz; denn ich finde darinn eine Erklärung, dafs man keinen Regrefs suchen wolle, indem man sich des hiezu nothwendigen Mittels nicht bedient. Ebendefshalb würde ich die in N. 3. enthaltene Limitation ganz streichen; denn eine Parthey, welche die Litisdenunciation unter-

terliefs, und doch noch den Regrefs suchen will unter dem Vorwand, dafs der Regrefsbeklagte doch keine Vertheidigungsgründe hätte angeben können, kommt allemal in die sonderbare Lage, einen Prozefs darüber führen zu müssen, dafs sie den vorigen Prozefs nicht gewinnen konnte. Daher fallen N. 2. 3. 4. hinweg. Aber

Anm. 103) statt deren mufs bestimmt werden, dafs der Litisdenunciat, wenn er Fatalien versäumt, oder sonst durch eigene Nachläfsigkeit sachfällig worden ist, den Regrefs an den Denunciaten unter dem Vorwand, dafs die Sache doch keinen günstigen Ausgang gewinnen konnte, ferners zu suchen nicht befugt sey.

§. 2.

„Die Litisdenunciation ist nur zugleich mit dem Hauptprozefse zuläfsig, und ein besonderer Prozefs darüber nicht zu gestatten."

Anm. 104) Um der bekannten Controvers, ob die Litisdenunciation aussergerichtlich geschehen könne, ein günstiges Ende zu verschaffen, rathe ich §. 2. den Beysatz zu machen:

Die Litisdenunciation kann gerichtlich geschehen, und ist nur zugl. ect.

Vierzigster Titel.

Von Arresten und Verkümmerungen.

Anm. 105) Der Arrest gehört unläugbar zu den summarischen Prozessen, er sollte daher nach Tit. 41. stehen.

§. 3.

N. 1. „Der angelegte Arrest begründet auch den Gerichtsstand in der Hauptsache; und der Arrestant ist schuldig, wenn der Impetrant seine Klage in der Hauptsache bey dem Richter, bey welchem er den Arrest erlangt hat, übergiebt, daselbst auf dieselbe zu antworten, und sich einzulassen, wenn er gleich diesem Richter für seine Person sonst nicht unterworfen ist."

N. 3. „Dem Impetranten bleibt auch die Wahl, des erlangten Arrests ungeachtet, die Klage in der Hauptsache bey dem competenten Richter, vor welchem sie sonst gehören würde, anzustellen."

Anm. 106) §. 3. Wenn dem Impetranten ohne alle Beschränkung die Wahl gelassen wird, ob er in foro arresti, oder vor dem ordentlichen Gerichte seine Klagen binnen sächsischer Frist anstellen will, so liegt darinn eine Härte gegen den Arrestaten, welcher sechs Wochen den Arrest auf seine Güter oder Person ertragen muſs; besonders, da Arreste

auf blofse Bescheinigungen erkannt werden, Mir scheint die an sich richtige Regel folgender Ausnahmen zu bedürfen:

Wenn der Impetrat ein Ausländer, oder sich ausser Lands hinweg zu begeben im Begriffe ist, so soll auf Verlangen desselben der Impetrant schuldig seyn, seine Klage bey dem Gerichte des Arrestes ohne Verzug anzustellen.

Anm. 107) §. 3. N. 1. Dafs der Arrest den Gerichtsstand in der Hauptsache begründe, mufs dahin beschränkt werden, wenn der Richter des Arrestes die Art von Gerichtsbarkeit hat, wozu die Hauptsache gehört.

Ein und vierzigster Titel.

Von den summarisch zu erörtenden Rechtssachen.

§. 4.

N. 1. „Auf die schriftlich eingereichte oder mündlich angebrachte Klage hat der Richter beyde Partheyen bey Einem Thaler Strafe zu dem persönlichen Verhör gegen einander, und der Pflegung der Güte mit Einräumung einer vierzehntägigen Frist, auf einen bald nach Ablauf derselben zu bestimmenden gewifsen Tag, schriftlich vorzuladen etc.“

N. 3. „Bey Gerichten, wo die mündliche Vorladung bisher üblich gewesen ist, mag dieselbe, wenn das Objekt des Streits nicht über 5 Thaler, oder an jährlichen Nutzungen nicht über 5 Groschen beträgt, ferner beybehalten, und der Beklagte auf den folgenden oder einen der nächsten Tage, ohne abschriftliche Zufertigung der Klage, blofs mit Benennung der Gegenparthey und des Objekts der Klage, im Allgemeinen, ebenfalls bey Einem Thaler Strafe vorgefordert werden."

Anm. 108) §. 4. Ich sehe keinen Grund für die angedrohte Geldstrafe. Erscheint eine Parthey nicht, so sind die Contumacialfolgen ohnehin gesetzlich bestimmt.

§. 5.

N. 9. „Es ist nicht nothwendig, die Formalitäten, welche in dem ordentlichen Prozefse wegen der Antwort auf die Klage vorgeschrieben sind (Tit. 9. §. 3.), hierbey zu beobachten. Die summarische Antwort ist hinlänglich, wenn sie nur deutlich und bestimmt ist."

N. 11. „Wenn der Beklagte weder selbst noch durch einen Bevollmächtigten in dem Termine erscheint; so ist auf die schriftliche Antwort, welche er dem Richter überschickt, keine Rücksicht zu nehmen, sondern dem ungeachtet auf Ungehorsam (N. 3.) wider ihn zu erkennen."

N. 26. „Die Gewissensvertrettung ist in diesen Sachen unzuläfsig."

Anm. 109) §. 5. N. 9. Specielle Abläugnung ist keine Formalität, sie dient zur

geschwinden Festsetzung des Streitpunkts, hierauf sollte um da mehr bestanden werden, als der Richter durch den Verhörtermin im Stand ist, sie leicht zu erhalten.

Anm. 110) Ebend. N. 11. Diese Verordnung ist hart, der Kläger kann schriftlich klagen, warum der Beklagte nicht auch schriftlich antworten? Zweckgemäfser wäre es, hier festzusetzen, dafs der Beklagte, wenn der Verhörtermin zur schlüssigen Verhandlung angesetzt war, mit der Duplik präkludirt seyn solle.

Anm. 111) Ebend. N. 26. Warum soll Gewissensvertretung unerlaubt seyn?

§. 7. N. 1.

„Obgleich der Kläger solche Urkunden für sich hat, aus welchen er den Executivprocefs anstellen könnte; so ist doch, wenn das Object des Streits geringfügig ist, nach den in diesem Titel enthaltenen Vorschriften zu verfahren, und der Beklagte auch mit seinen illiquiden Einwendungen, wenn er vor der Sentenz den erforderlichen Beweis, wie in diesem Titel verordnet ist, beybringt, oder den Eid deferirt, zu hören. Die Wiederklage findet daher nicht statt."

Anm. 112) §. 7. N. 1. Warum soll eine Wiederklage, wenn sie auch nur eine geringfügige Sache betrift, nicht statt finden?

§. 8. N. 15.

„Auf die einer Parthey, den Rechten nach, sonst zustehende Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ist bey geringfügigen Sachen, in Ansehung versäumter Fristen und Termine, keine Rücksicht zu nehmen,"

Anm. 113) §. 8. N. 15. Im Werth einer Sache liegt kein Grund, die begünstigten Personen mit Präklusionen zu verletzen, welche gegen sie (Bemerkung 7. u. 8.) in keiner Prozefsart rechtlich verhängt werden können.

§. 11. N. 2.

„Wenn jedoch bey dergleichen Streitigkeiten das Objekt erhebliche, der Schätzung nach nicht zu den geringfügigen Sachen gehörige Befugnifse und Verbindlichkeiten betrifft, diese Befugnisse und Verbindlichkeiten an sich nicht im klaren, und so beschaffen sind, dafs sie nicht schlechterdings nach blofsen Policeyrücksichten behandelt werden mögen; so findet die Erörterung nach den Vorschriften des ordentlichen Prozefses statt etc."

Anm. 114) §. 11. N. 2. Es würde den Rechtsbegriff von Justizsachen ganz destruiren, wenn man Sachen, welche blos nach polizeylichen Rücksichten behandelt werden sollen, als Justizsachen ansieht: daher sollen die Worte:

„und so beschaffen sind, dafs sie — behandelt werden mögen"

ganz hinwegbleiben.

§. 12. N. 3.

„In wie fern in dringenden Fällen wegen der bey dem Verzuge zu besorgenden Gefahr sofort Provisionalverfügungen zu erlassen seyn, bleibt, da sich hierüber keine bestimmten Vorschriften ertheilen lassen, dem Ermessen des Richters heimgestellt."

Anm. 115) §. 12. N. 3. Dafs man Provisionalverfügungen auf bestimmte Regeln bringen könne, mag das Handb. B. IV. beweisen. Die Wichtigkeit der Sache, besonders der Sequestrationen, und die nothwendigen Eigenheiten des hiebey eintretenden Verfahrens motiviren meinenwiederholten Wunsch, dafs hierüber in einem besondern Titel bestimmte Vorschriften gemacht werden.

ibid. N. 4.

„Wird wider dergleichen Provisionalverfügungen appellirt; so hat zwar der Richter auf die Appellation forderamt Bericht zu erstatten; jedoch immittelst durch dieselbe, wenn er sich nicht wegen der, von dem Appellanten angeführten Gründe, zu der Abänderung seiner Resolution ohnehin bewogen findet, weder an der Ertheilung der für dringend erachteten Provisionalverfügung sich hindern zu lassen, noch defshalb die schon ertheilte, wieder aufzuheben."

Anm. 116) Ebend. N. 4. An Kürze und Deutlichkeit könnte dieser Absatz durch folgende Abänderung gewinnen:

4) Gegen solche Provisionalverfügungen können zwar Rechtsmittel ergriffen werden, doch hemmen sie weder die Execution bereits erkannter Provisionalverfügungen, noch hindern sie den Unterrichter, andere, die er nöthig erachtet, zu erlassen.

§. 16. N. 5.

„In den vor das Handelsgericht zu Leipzig gehörigen Sachen verbleibt es noch zur Zeit bey dem in der defshalb publicirten Ordnung vom Jahre 1682, und der über einige Puncte derselben unter dem 16. April 1720 an den Rath zu Leipzig ergangenen Erläuterung und Resolution, vorgeschriebenen Verfahren, aufser was die Einwendung eines begangenen Spolii, das Anerbiethen zu der Eidesleistung, das Verfahren bey der Execution in Grundstücke, den Arrest und den Concurs anlangt. In Ansehung dieser Puncte ist demjenigen nachzugehen, was in dieser Gerichtsordnung deshalb verordnet ist."

Anm. 117) §. 16. N. 5. Da hier mehrere alte sich derogirende Gesetze allegirt werden, so ist sichtbar, dafs es besser wäre, statt des Allegats ihren Innhalt der neuen Gerichtsordnung einzuverleiben.

Zwey und vierzigster Titel.

Von Rechnungssachen.

Anm. 118) Bey Rechnungen kann auch von Stellung, oder Ablage im gerichtlichen Verfahren die Rede seyn, wefshalb mir Vollständigkeit zu fodern scheint, auch hierüber das Nähere zu bestimmen.

Anm. 119) Da mit Grund in Rechnungssachen der Appellation statt gegeben wird (§. 10.) somit eine Rechnungssache längere Zeit unentschieden bleiben kann, so sollte der Richter nach bestimmten Regeln angewiesen werden, auf Herstellung eines respektiven Liquidums vorzüglichen Bedacht zu nehmen (vgl. mein Hdb. B. IV.)

Vier und vierzigster Titel.

Von dem Verfahren auf die Provocationen ex L. Diffamari und ex L. Si contendat.

§. 9. N. 1.

„Der Provocationsprozefs, es sey ex L. Diffamari, oder ex L. si contendat, ist bey dem Gerichte, vor welches der Proceſs in der Hauptsache gehört, anzustellen."

Anm. 120) Das Provokationsverfahren ist durchgehends auf die aus dem römischen Rechte abgeleiteten zwey Provocationsfälle beschränkt. Da ich aber im Hdb. B. IV. der ersten und B. I. der zweyten Aufl. aus der Natur der Sache wichtige Gründe für eine höhere Allgemeinheit derselben vorgelegt habe, so will ich mich Kürze halber darauf beziehen.

Anm. 121) §. 9. N. 1. Sehe ich den Grund nicht ein, warum nicht im Gerichtsstande des Provokaten eine Provokation angebracht werden könne; es giebt Fälle, wo dieses Forum selbst dem Provokanten nützlicher ist.

Sechs und vierzigster Titel.

Von dem Executivprocesse.

§. 4.

1. „Aus der Urkunde über einen zweyseitigen Contract oder Vertrag, ingleichen aus der Urkunde, in welcher die Verbindlichkeit des Ausstellers auf eine Bedingung gesetzt ist, kann zwar ebenfalls nach der Art des Executivprozesses geklagt werden."

2. „Der Kläger hat aber, wenn in dem ersten Falle von dem Beklagten der Einwendung des von Seiten des Klägers nicht erfüllten Contracts oder Vertrags in der Urkunde nicht entsagt worden ist, die von seiner Seite geleistete Er-

füllung, und in dem zweyten Falle, dafs der Bedingung ein Gnüge geschehen sey, gleichergestalt sofort durch richtige Quittung darzuthun, und diese der Klage im Original oder abschriftlich beyzufügen, oder ausserdem über diese Puncte Antwort auf die Klage von dem Beklagten zu fordern."

3. „Will der Kläger über diese Puncte dem Beklagten, wenn er sie bey der Antwort läugnet, den Eid deferiren; so mufs solches, wie wegen der Eidesdelation in dem ordentlichen Prozefse vorgeschrieben ist (Tit. VI. §. 4.), alsbald in der Klage geschehen."

4. „Läugnet der Beklagte diese Puncte; so hat er dabey deutlich und bestimmt anzugeben, in welchen Stücken der Contract oder Vertrag von Seiten des Klägers nicht erfüllt worden, oder der Bedingung kein Gnüge geschehen sey. Ausserdem ist auf das Läugnen des hierauf gerichteten Punctes der Klage im Allgemeinen, und ohne diese hinzugefügte bestimmte Angabe keine Rücksicht zu nehmen, sondern der Punct für eingeräumt zu achten."

5. „Wenn hingegen der Beklagte diesen Punkt mit solcher bestimmten Angabe läugnet, und der Kläger nicht den Eid darüber deferirt hat; so ist defshalb zuförderst auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen, und in Ansehung dieses Beweises und Gegenbeweises durchgehends nach den Vorschriften des ordentlichen Prozefses zu verfahren.

6. „Ergiebt

6. „Ergiebt sich nachher, dafs der Beklagte die geschehene Erfullung des Contracts oder Vertrags, oder der Bedingung zur Ungebühr geläugnet, habe; so ist er um den vierten Theil des Quanti, in dessen Bezahlung er verurtheilt wird, zu bestrafen, und dafern er soviel nicht im Vermögen hat, dafs diese Strafe, ohne den Kläger an seiner Befriedigung wegen der geklagten Forderung zu verkürzen, von ihm eingebracht werden kann, mit Gefängnifsstrafe zu belegen."

7. „Mit der Strafe ist er zwar zu verschonen, wenn er beybringen, oder aus den bey der Sache vorkommenden Umständen wahrscheinlich machen, und nach Befinden eidlich bestärken kann, dafs er zu der Zeit der auf diesen Punct ertheilten Antwort es anders nicht gewufst habe, als dafs der Contract oder Vertrag von Seiten des Klägers nicht erfüllt, oder der Bedingung kein Gnüge geschehen sey. Er ist aber dennoch in die Erstattung der Unkosten zu verurtheilen."

8. „Wird die Strafe als verwirkt von dem Beklagten eingebracht; so ist sie dem Richter, dem Kläger, und der Hauptkasse der allgemeinen Armen - und Waisen - auch Zucht - und Arbeitshäuser zu gleichen Theilen zuzueignen".

Anm. 122) Ausserordentliche Prozefsarten sind nicht ohne Noth zu vermehren. Bey Geldverschreibungen mag der Credit — besonders wo das Wechselrecht nicht gilt — eine

Ausnahme fodern, und für den Exekutivprozefs Anrathungsgründe liefern; aber alle Bilateralcontrakte haben, wenn es zum Streite kommt, des Zweifelhaften so viel an sich, dafs ich für besser halte, bey denselben den Exekutivprozefs nicht eintreten zu lassen, wefshalb ich anrathe, den §. 4. zu streichen.

Anm. 123) Auf jeden Fall müfste die §. 4. N. 6. bestimmte Strafe des vierten Theils nach oben vorgetragenen allgemeinen Regeln aufgehoben werden.

§. 7.

„Auf die übergebene Klage hat der Richter die Partheyen mit Einräumung einer völligen sächsischen Frist -- -- -- vorzuladen etc."

Anm. 124) Die §. 7. festgesetzte sächsische Frist zum Verhörtermine und Vorlage der Urkunden widerspricht dem ganzen Geiste des Exekutivprozefses; mir scheinen 14 Tage hinreichend und zweckmäfsiger.

§. 11. N. 6.

„Auch die Einwendung des Beklagten, dafs er das Geld, auf welches seine Schuldverschreibung lautet, nicht ausgezahlt erhalten habe (exceptio non numeratae pecuniae), ist in dem Executivprozesse nur alsdenn, wenn sie sofort liquid gemacht wird, in Obacht zu nehmen, und es hat bey

dem, was wegen dieser Einwendung, und der auf dieselbe gegründeten Klage in der 23sten Decision vom Jahre 1746 verordnet ist, unverändert sein Bewenden.

Anm. 125) §. 11. N. 6. Die Verordnung, dafs der Beklagte die Exceptio non numeratae pecuniae gegen eine noch nicht zwey Jahr alte Urkunde nur dann brauchen könne, wenn er sie sofort liquid macht, widerspricht der Rechtstheorie. Denn diese Einrede zerstöhrt die Beweiskraft der Urkunde, sie bringt daher den Streit in die Lage, als ob der Kläger sein Klagerecht nicht bewiesen habe. Daher mufs vielmehr der Kläger die Schuld oder Auszahlung des Geldes durch andere liquide Beweismittel ausser Zweifel stellen, um da mehr, als diese Einrede den Beklagten von allem Beweise, destomehr also von einem liquiden Beweise befreyt.

§. 15. N. 1.

„Wenn Jemand gerichtliche oder doch gerichtlich recognoscirte Urkunden für sich hat, und aus diesen seine Forderung an den Andern, nach der Vorschrift des Executivprocefses liquid ist; so bedarf es keiner anzustellenden Klage, sondern es ist aus solchen Urkunden, eben so wie sonst nach Mafsgabe der vorhergegangenen rechtskräftigen Sentenz zu verfahrene."

ibid. N. 7.

„In diesem Termine sind dem Impetraten die Urkunden, auf welche sich das Verfahren gründet, im Original vorzulegen, und er ist in demselben mit seinen sofort liquigen Einwendungen, ohne Unterschied, auch mit den verzögerlichen und mit den Einwendungen gegen die Competenz des Gerichts zú hören."

Anm. 126) §. 15. N. 1. So ganz ich einstimme, dafs auf gerichtliche, oder doch gerichtlich rekognoscirte Urkunden der Exekutivprozefs statt finde, so wenig kann ich anerkennen, dafs es keiner Klage bedürfe. Diese Darstellung könnte zu den Gedanken führen, dafs ohne Verfahren nur exequirt werden dürfe. Dies wird aber im folgenden N. 7. selbst berichtigt, indem dort Einreden für zuläfsig erklärt werden. Ich sehe daher bey diesem Falle gar keine Abweichung vom Exekutivprozefse, und halte den ganzen §. 15. für entbehrlich.

Acht und vierzigster Titel.

Von dem summarischen Prozefse über den gegenwärtigen Besitz (Possessorio summarissimo).

§. 2.

N. 3. „Was ferner wegen der Verordnung auf die Klage wegen des Verfahrens, wenn der Beklagte seine Ant-

wort auf die Klage binnen der bestimmten Frist nicht einreicht, von dem Verfahren über die Klage, die Antwort auf dieselbe, der Einwendung gegen dieselbe und der Gütepflegung bey dem ordentlichen Processe vorgeschrieben ist (Tit. VII. ---- X.), ist auch bey diesem summarischen Processe, insofern nicht der gegenwärtige Titel wegen gewisser Puncte besondere Vorschriften enthält, zu beobachten."

Anm. 127. §. 2. N. 3. Die Hinweisung auf den ordentlichen Prozefs bey Streitigkeiten über den gegenwärtigen Besitz rücksichtlich der Verordnung auf die Klage, woraus die Nothwendigkeit einer zu ertheilenden sächsischen Frist folgte, widerspricht dem Zwecke, welcher hier ein ausserordentliches und schnelleres Verfahren nothwendig macht.

N. 33. „In den Fällen, da nach glaubwürdigen Anzeigen, zwischen den Partheyen, wegen des streitigen Besitzes, vor Erlangung einer rechtskräftigen Sentenz, gefährliche Thätlichkeiten, auch wohl gar in Verbindung mit andern Personen, zu besorgen stehen, hat der Richter, um solche zu verhüten, auf das Ansuchen der einen Parthey, oder auch vermöge seines Amts, wirksame provisorische Verfügungen zu treffen, und einstweilen, bis zur erfolgten rechtskräftigen Sentenz, nach Befinden, entweder durch Sequestration, mit Ausschlufs beyder Theile, das Nöthige zu veranstalten. Auch kann er diejenige Parthey immittelst durch die provisorische Verfügung bey dem Besitze schützen, von welcher er, seiner Ueberzeugung nach, am wenigsten den Misbrauch die-

ses einstweiligen Besitzes fürchtet, und daneben glaubt, dafs sie, wenn es in der Folge auf einen der Gegenparthey zu leistenden Ersatz ankommen sollte, dazu vermögend genug sey, und welche, unter übrigens gleichen Umständen, so weit es sich zur Zeit übersehen läfst, seinem Erachten nach das Meiste für sich hat. In Absicht auf dergleichen provisorische Verfügungen kann der Richter gar wohl auch auf die Anzeigen und Aussagen unvereideter, jedoch im übrigen glaubwürdiger Personen Rücksicht nehmen."

Anm. 128) §. 2. N. 33. Wenn statt der Sequestration einer Parthey der Besitz provisorisch übertragen wird — was ich aber niemals für gut halte — so sollte wenigstens dieselbe durch den Richter angehalten werden, Rechnung über die Früchte abzulegen, und der Richter sollte verbunden werden, durch Aufnehmung oder Abforderung eines Inventariums, Bestellung eines Aufsehers, Abnahme monatlicher Rechnungsauszüge u. d. künftigen Weiterungen vorzubeugen.

§. 4. N. 6.

„Das Rechtsmittel der Appellation ist zwar an sich nicht unzuläfsig; jedoch von dem Oberrichter demselben nur alsdann, wenn das Object des Streits nicht unbeträchtlich ist, und die Gründe der Beschwerdepuncte nicht unerheblich zu seyn scheinen, statt zu geben."

Anm. 129) §. 4. N. 6. Wird die Appellation auch in possessorischen Streitigkeiten für zuläfsig erklärt; ich stimme bey, aber Suspensivkraft hat sie nicht; dies sollte ausdrücklich bemerkt werden.

§. 5.

„Wenn derjenige, welcher bey diesem summarischen Prozesse in dem gegenwärtigen Besitze geschützt worden ist, nachher bey der Erörterung der Frage von dem bessern Rechte zum Besitze, oder dem Rechte zu der Sache oder dem Befugnifse (in Possessorio ordinario, oder Petitorio) sachfällig wird, und ausser der für den gegenwärtigen Besitz in dem summarischen Processe erhaltenen beyfälligen Sentenz, nichts für sich hat, was ihn von der Eigenschaft eines unredlichen Besitzers (possessoris malae fidei) freyspricht; so ist er auch ungeachtet jener beyfälligen Sentenz, in die Erstattung der Nutzungen in der Mafse, wo der unredliche Besitzer den Rechten nach dazu verbunden ist, und in die Erstattung aller Schäden und Unkosten, welche der Gegenparthey durch den summarischen Proceís über den gegenwärtigen Besitz verursacht worden sind, zu verurtheilen."

Anm. 130) §. 5. Hier sind zwey Erinnerungen zu machen.

a) Wird gesagt: Wenn dem im Besitze Geschützten nichts zur Seite steht, was ihn vor der Eigensehaft eines unredlichen Besitzers frey spricht — quilibet praesu-

mitus bonus, donec probetur contrarium. Dafs sein Gegner Recht hat, macht ihn zu keinem unredlichen Besitzer, und man kann doch nicht fordern, dafs er die Redlichkeit seines Besitzes beweise.

b) Auch ist die Verordnung, dafs er als unredlicher Besitzer zur Erstattung aller Nutzungen verbunden sey, zu hart.

Der ganze §. könnte cessiren. Das römische Recht leitet aus der Litiscontestation die sehr vernünftige Folge ab, dafs der Beklagte alle Nutzungen, welche er mit dem höchsten Grade des Fleifses hätte ziehen können, zu ersetzen verbunden sey. Ich würde daher den §. 5. so abfassen:

Wenn Jener, der im summarischen Besitze geschützt worden ist, nachher im ordentlichen Besitz - oder Rechtsstande unserliegt, und vom Kläger nicht als unredlicher Besitzer erprobt wird, so ist er in Erstattung aller Nutzungen, welche er wirklich gezogen, oder doch mit Anwendung des höchsten Fleifses hätte ziehen können, zu verurtheilen. Die vorherige beyfällige Sentenz befreyt ihn von dieser Verbindlichkeit nicht.

§. 6. N. 1.

„Die Klage wegen des gegenwärtigen Besitzes (Possessorium summarissimum) kann bey dem Gerichte, welchem der Beklagte für seine Person unterworfen ist (in foro domicilii) oder auch bey demjenigen, dessen Gerichtsbarkeit die Sache oder das Grundstück, auf welche sich der in Anspruch genommene gegenwärtige Besitz beziehet, befindlich ist (in foro rei sitae) angestellt werden."

Anm. 131) §. 6. N. 1. Streitigkeiten über den jüngsten Besitz sollten ausschliessend an das Forum rei site verwiesen werden.

Neun und vierzigster Titel.

Von dem Concursprozesse.

Erster Abschnitt.

Von welchem Richter, und wann mit der Eröffnung des Concursprozesses zu verfahren sey.

§. 1.

N. 3. „In Ansehung der Militärpersonen, zu deren Vermögen ein Concurs entsteht, bewendet es bey den Vorschriften des Kriegsgerichtsreglements v. 23. Januar 1789."

Anm. 132) §. 1. N. 3. Was verordnet das Kriegsreglement? — Man mache doch in der Gerichtsordnung alle besondere Reglement, Ordnungen, Erläuterungen, Mandate, Decisionen u. d. entbehrlich!

N. 4. „Wenn von der, in den hiesigen Landen befindlichen Vermögensmasse eines Schuldners, welcher seinen persönlichen Gerichtsstand nicht in den hiesigen Landen hat, mehrere Gläubiger ihre Befriedigung suchen; so kann zwar vor dem hiesigen Gerichte, unter welchem sich die Vermögensmasse befindet, die Frage von der Priorität der Gläubiger zwischen den Gläubigern ebenfalls erörtert werden, und ihre Classification ist nach eben den Vorschriften, welche bey dem Concurse, auf ergangene Edictalcitation, statt finden, zu bestimmen. Jedoch ist auch in diesem Falle mit der Eröffnuag des Specialconcurses zu der in den hiesigen Landen befindlichen Mafse, wenn sie gleich zu der vollständigen Befriedigung der Gläubiger, welche sich gemeldet haben, nicht hinreicht, nur alsdann zu verfahren, wenn in sichere Erfahrung gebracht wird, dafs auch bey dem auswärtigen Gerichtstande des Schuldners der Concursproceſs zu seinem Vermögen eröffnet worden sey."

N. 5. „Wird von dem auswärtigen persönlichen Gerichtsstande des Schuldners, wo der allgemeine Concursproceſs zu dessen Vermögen eröffnet worden ist, bey dem hiesigen Gerichte auf die Verabfolgung der unter demselben befindlichen Vermögensmasse angetragen; so kann dem Antrage nicht unbedingt gewillfahrt werden, sondern das inländische Gericht hat auf diese Requisition, oder auch wenn sonst glaubwürdige Nachricht von dem, bey dem auswärtigen persönlichen Gerichtsstande des Schuldners, eröffneten allgemeinen Concursprocesse vorhanden ist, auf das Anmelden eines oder mehrerer Gläubiger, den Specialconcurs zu

der hiesigen Vermögensmasse, wenn diese gleich zu der Befriedigung des Gläubigers oder der mehrern Gläubiger, welche sich bey dem hiesigen Gerichte gemeldet haben, hinreichend wäre, zu eröffnen."

N. 6. „Bleibt nach Befriedigung der Gläubiger, welche sich bey dem hiesigen Specialconcurse gemeldet haben, von der hiesigen Mafse etwas übrig; so ist dieses Residuum auf den Antrag des auswärtigen persönlichen Gerichtstandes des Schuldners zu der dortigen allgemeinen Mafse, nach Beschaffenheit der Umstände, unter Innebehaltung des gebührenden Abzugsgeldes, zu verabfolgen."

Anm. 133) §. 1. N. 4—6. Die hier gebilligten Specialconcurse über das im Lande gelegene Vermögen eines auswärtigen Gemeinschuldners haben bey teutschen Teritorien untereinander das gemeine Recht, den Begriff eines Concurses und mehrere reichsgerichtliche Erkenntnisse wider sich.

§. 3. N. 16.

„Ist in der Sentenz auf die Eröffnung des Concurses erkannt: so hat der Richter, obgleich wider die Rechtskraft derselben appellirt worden, dennoch an solchen Verfügungen, welche er, bey entstehendem Verdachte, dafs der Schuldner das an ihm ergangene Verbot, wegen der Disposition über sein Vermögen (N. 4.), nicht beobachte, zu der Sicherstellung der Mafse, für nöthig erachtet, wenn sie ohne für dieselbe zu besorgende erhebliche Gefahr nicht verschoben wer-

den mögen, sich nicht hindern zu lassen, diese getroffenen Verfügungen aber in dem auf die Appellation zu erstattenden Berichte, oder wenn sie erst nach dessen Abgange nöthig geworden sind, mittelst besondern Berichts anzuzeigen."

Anm. 134) §. 3. N. 16. Um alle Willkühr zu entfernen, sollte bestimmt seyn, worin die Maafsregeln zur Sicherstellung des Vermögens bestehen. Sie sind in meinem Hdb. B. IV. S. 393. ausgezeichnet, worauf ich mich beziehe.

§. 8. N. 3.

„Einer vorherigen Taxation der zu verauctionirenden Mobilien bedarf es nicht."

Anm. 135) §. 8. N. 3. Bey Mobilien von hohem Werthe möchte wohl eine Taxation nothwendig seyn.

§. 12. N. 13.

„Der Verpachter hat aber auch, wenn bey der Uebergabe des Pachters befunden wird, dafs das Inventarium, während der Sequestration gegen die bey dem Anfange veranstaltete Würderung verbessert worden ist, diese Verbesserungen dem Concurse zu vergüten, obgleich das Inventarium bey der, mit dem Anfange der Sequestration, veranstalteten Würderung geringer, als es der Gemeinschuldner bey dem Anfange des Pachtcontracts übernommen hat, befunden wor-

den ist, und mithin der Verpachter in diesem Betrachte einen Ersatz, wegen der Inventarienmängel, zu fordern behält."

Anm. 136. §. 12. N. 13. Wenn die Absicht dieser Verordnung dahin geht, dafs der Verpachter mit seiner Forderung wegen abgängiger Inventarienstücke sich in den Concurs einlassen und Verbesserungen der Masse baar vergüten müsse, so ist dies ungerecht und ruht auf der falschen Voraussetzung, dafs beyde Forderungen noch rechtlich existiren. Sie waren vor Ausbruch des Concurses durch Compensation ipso jure in der zusammentreffenden Summe erloschen.

§. 16. N. 36.

„Wegen der von dem Gemeinschuldner in Commission gegebenen Waaren bleibt es bey dem, was in dem Decisivrescripte vom 4ten September 1669. §. 3. und in der Leipziger Wechselordnung §. 34. verordnet ist; und es ist dem, was diese Gesetze defshalb enthalten, auch aufser Leipzig in Ansehung aller Orte hiesiger Lande nachzugehen."

Anm. 137) §. 16. N. 36. Für einen Commerzialstaat kömmt der Fall von Commissionsgütern so häufig vor, dafs die Hinweisung auf ein altes Rescript von 1669. und die Leipziger Wechselordnung einen unangenehmen Eindruck macht.

§. 23.

N. 1. „Diejenigen, welche die Liquidationen ihrer Forderungen und Ansprüche nicht längstens an dem dazu anberaumten endlichen Tage bey dem Richter des Concurses einreichen, sind für ausgeschlossen von diesem Concurse zu achten, ohne dafs es defshalb einer Provocation oder Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Curatoris litis bedarf."

N. 2. „Unsere Beamte und andere niedere Gerichte sollen über die Präclusion nicht selbst erkennen, sondern nach Verfluſs des, zu der Einreichung der Liquidationen bestimmten endlichen Tages, die Acten alsbald dergestalt, damit alles, worauf es bey der Sentenz über die Präclusion ankommt, bey denselben befindlich sey, instruiren, und zur Abfassung dieser Sentenz in ein Directorium versenden. In der Missive ist der in der Edictalcitation zu der Publication dieser Sentenz schon anberaumte Termin ausdrücklich zu erwähnen, damit die Abfassung derselben und die Zurücksendung der Acten beschleunigt werde."

Anm. 138) §. 23. Da nach N. 1. die Präklusion aller nicht erschienenen Gläubiger gesetzliche Folge ihres Aussenbleibens ist, so bedarf es keines Präklusivurtheils; daher sollte N. 2. nebst allem, was hiemit in Verbindung steht, gestrichen werden.

N. 11. „Solchemnach kann derjenige, welchem diese Rechtswohlthat zusteht, nur in Rücksicht auf diejenige noch übrige Mafse, welche durch den vorläufigen Distributions-

bescheid noch nicht vertheilt, oder zu deren vorläufigen Vertheilung noch kein gerichtlicher Vergleich getroffen worden ist, mit der Liquidirung seiner Forderung zugelassen, und noch locirt werden."

N. 12. „Er kann aber auch durch seine, in Verfolg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, verstattete Nachliquidirung einem andern in Ansehung der Priorität ihm nach oder gleichstehenden Gläubiger, für welchen in dem vorläufigen Distributionsbescheide, oder durch den über eine vorläufige Vertheilung gerichtlich getroffenen Vergleich zu seiner Sicherstellung ein Quantum ausgesetzt worden ist, nicht nachtheilig werden."

N. 13. „Wenn also z. B. eine Mafse, welche nach Abzug dessen, was zu Befriedigung der in der ersten und zweyten Klasse der Locationssentenz angesetzten Gläubiger zu rechnen gewesen ist, übrig bleibt, 2000 Thaler beträgt; und die Bezahlung des in der vierten Klasse der Locationssentenz rechtskräftig angesetzten Gläubigers A. mit 1000 Thalern, weil für den in der dritten Klasse, aber noch nicht rechtskräftig locirten Gläubiger B. durch die übrigen 1000 Thaler die erforderliche Sicherheit vorhanden gewesen ist, durch den rechtskräftigen Distributionsabschied oder durch gerichtlichen Vergleich der Interessenten festgesetzt worden ist, nachher aber ein Gläubiger C. dem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, noch liquidirt, und bey der Liquidation nach der zweyten, und noch vor der dritten Classe eingeschoben wird, und dann bey der endlichen Distribution, wenn die ganze Mafse der 2000 Thaler noch

vorhanden wäre, der eingeschobene Gläubiger C. 800 Thaler, der Gläubiger der dritten Classe B. aber 500 Thaler erhalten sollte; so kann jenem, da nur noch 1000 Thaler in der Mafse vorhanden sind, nur 500 Thaler zugetheilt werden, weil es dem Gläubiger der dritten Classe B. nicht zum Nachtheile gereichen darf, dafs der eingeschobene Gläubiger C. erst liquidirt hat, nachdem die Bezahlung des Gläubigers der 4ten Classe A. schon rechtskräftig, oder durch gerichtlichen Vergleich festgesetzt gewesen ist."

N. 14. „Dafern hingegen in dem angegebenen Falle die nachlocirte Forderung des eingeschobenen Gläubigers C 2000 Thaler beträgt, so sind ihm bey der endlichen Distribution die völligen, noch vorhandenen 1000 Thaler allerdings zuzutheilen, weil der Gläubiger der 3ten Classe B. bey der nur aus 2000 Thalern bestehenden Mafse doch zu keiner Perception gekommen wäre, wenn gleich der Gläubiger der 4ten Classe A. durch den vorläufigen Distributionsbescheid nicht schon 1000 Thaler hinweggenommen hätte."

N. 15. „Eben so müssen, wenn der Gläubiger C., welcher vermöge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch nachlocirt worden ist, mit dem Gläubiger B. in eine und dieselbe dritte Classe gesetzt wird, und sie also in selbiger, wenn die Mafse nicht für beyde hinreicht, verhältnifsmäfsig (pro rata) zu befriedigen sind, und dann bey der endlichen Distribution, dafern die ganze Mafse der 2000 Thaler noch vorhanden wäre, der Gläubiger B. 500 Thaler,

der Gläubiger C. aber 800 Thaler erhalten sollte; jenem seine 500 Thaler ganz zugetheilt werden, weil für beyde hinreichende Mafse vorhanden gewesen wäre, wenn C. liquidirt hätte, ehe die Bezahlung des Gläubigers A. durch den vorläufigen Distributionsbescheid, oder den gerichtlichen Vergleich festgesetzt gewesen. Beträgt hingegeu die noch nachlocirte Forderung des Gläubigers C. 2000 Thaler, so müfsten dem Gläubiger B. wegen seiner 500 Thaler betragenden Forderung von den noch vorhandenen 1000 Thalern der Mafse 400 Thaler, das ist, eben so viel, als er erhalten hätte, mithin die ganzen 200 Thaler der Mafse unter ihnen beyden verhältnifsmäfsig zu vertheilen gewesen wären, überlassen werden, und dem Gläubiger C. nun die übrigen 600 Thaler."

N. 16. „Dem Gläubiger C. steht aber wegen dessen, was er dadurch, das dem Gläubiger A. durch den vorläufigen Distributionsbescheid oder den gerichtlichen Vergleich 1000 Thaler zugeeignet worden sind, weniger erhält, wider diesen ein Anspruch nicht zu, und er kann gegen denselben auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich nicht berufen, wenn auch dieser Gläubiger A. die durch den vorläufigen Distributionsbescheid oder den gerichtlichen Vergleich ihm zugeeigneten 1000 Thaler noch nicht wirklich erhoben hätte, sondern noch im gerichtlichen Deposito befindlich wären: und wenn auch gleich der Vormund oder der Administrator, welchem die Sache des Gläubigers zu führen obgelegen, und an welchen ihm, wenn sich derselbe

dabey etwas hat zu Schulden kommen lassen, der Regreſs unbenommen bleibt, insolvent seyn sollte."

Anm. 139) §. 23. N. 11 — 16. Was hier mühsam in Fälle gelegt und berechnet ist, halte ich insgesamt für baares Unrecht. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eines vorher präkludirten Gläubigers setzt die ganze Sache in den Zustand zurück, als ob er vor dem Präklusivtermine erschienen wäre. Erhält er nun einen vorzüglichen Platz, so werden seine Nachfolger insgesamt in den Zustand versetzt, welcher ihren Rechtsverhältnissen unter sich angemessen ist. Dieser Rechtsgrundsatz verträgt keine erkünstelte Ausnahme. Jede Lokation, jeder Distributionsbescheid kann nur dann seine Wirkungen als rechtskräftig äussern, wenn nach befriedigten sämtlichen vorzüglichern Gläubigern noch etwas für einen minder vorzüglichen übrig ist, und ich läugne das Suppositum, daſs für einen Gläubiger der vierten Klasse im Locationsurtheile oder im Distributionsbescheide etwas rechtskräftig faſst, gesetzt werden könne, bis über alle Gläubiger der dritten Klasse rechtskräftig erkannt ist. Es ist ein auffallender Widerspruch, wenn man die revissorische Kraft nur gegen einige überwundene Creditoren geltend machen will, die sich nothwendig nach dem benannten Spru-

che (Si vinço vincentem te, vinco etiam te) auf alle überwundene Gläubiger erstrecken mufs.

Alle diese Numern müssen als widerrechtlich gestrichen, und ihnen als Grundsatz substituirt werden:

Wenn ein präkludirter Gläubiger Restitution erlangt, so mufs sowohl ihm, als jedem nach ihm folgenden Gläubiger der Platz angewiesen werden, welcher jedem gebührt hätte, wenn der restituirte Gläubiger vor dem Prâklusivtermin liquidirt hätte. Hiernach ist auch sowohl das Lokationsurtheil, als der Distributionsbescheid abzuândern.

N. 18. „Gläubigern, welchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zusteht, mag, wenn sie sich an der Einreichung ihrer Liquidationen versäumen, die allgemeine Fatalienrestitution, dafern sie vor der Rechtskraft der präclusivischen Sentenz darum ansuchen, nach dem Ermessen der bestimmten Behörden, und in der sonst nachgelassenen Mafse (Tit. XXV. §. 3.), bewilligt werden."

Anm. 140. N. 18. Grofsjährigen präkludirten Gläubigern erlauben, dafs sie sich mit 20 — 100 Rthlrn. Strafe in den Konkurs gleichsam einkaufen, brâchte ungeheure Verwirrungen hervor. Man streiche also diese Stelle.

Anm. 141) Bey dem §. 26. ist die Frage, ob das Gestândnifs des Gemeinschuldners etwas wirke, ganz übergangen.

§. 32.

N. 4. „In der Regel ist weder wegen der Foderungen der Liquidanten, noch wegen der von dem Curatore litis dagegen vorgebrachten Einwendungen auf Beweis und Gegenbeweis zu interloquiren, sondern nach Maſsgabe der, bey dem Liquidationsverfahren beygebrachten Bescheinigung oder Gegenbescheinigung, was sich gebührt, zu erkennen."

N. 5. „Wenn jedoch das Objekt der Forderung oder Einwendung über vierhundert Thaler mit Ausschluſs der Interessen beträgt; oder doch, ob es nicht über diese Summe betragen möchte, nicht zu übersehen, und die Forderung in Absicht auf die Location in eine der beyden ersten Hauptclassen (§. 38. N. 2. 3.) gehört, oder doch, ob sie nicht dahin gehören möchte, zweifelhaft ist: überdieſs aber mehrere auf Thatsachen beruhende und verwickelte Umstände dabey vorkommen, deren Aufklärung durch eine genauere Erörterung zu hoffen steht, oder weſshalb von dem Liquidanten, oder dem Curator litis Urkunden mit Anführung nicht unwahrscheinlicher Ursachen, warum sie dieselben während des Liquidationsverfahren nicht hätten vorlegen können, angezogen werden; so mag, nach richterlichem Ermessen, auf förmlichen Beweis und Gegenbeweis interloquirt werden."

N. 6. „Aber auch unter diesen Voraussetzungen findet dennoch Zwischenerkenntniſs auf Beweis und Gegenbeweis nicht statt, wenn die ganze Concursmasse mit Ausschluſs der aussenstehenden zweifelhaften oder gar inexigibeln Activforderungen nicht über sechshundert Thaler beträgt. Solchenfalls ist lediglich nach Maſsgabe der bey dem Liquida-

tionsverfahren beygebrachten Bescheinigung und Gegenbescheinigung sofort hauptsächlich, was sich gebührt, zu erkennen."

Anm. 142) §. 32. N. 4. Der Konkurs unterscheidet sich vom Verfahren über einzelne Rechtsstreitigkeiten nicht in den Voraussetzungen, ohne deren Daseyn das Recht eines Gläubigers nicht anerkannt werden kann; darum werden Einreden und Forderungen, wenn sie auch ein weitläufigers Verfahren (altioris indaginis) fordern, oder nicht sogleich bewiesen werden können, zugelassen. Es gilt der vollkommnen Austheilung des Vermögens unter alle Gläubiger, und dieser Zweck verträgt nichts, was nur bey dem Verfahren über einen interimistischen Zustand denkbar ist.

Es ist demnach allenthalben unrechtlich, sich hier mit Bescheinigungen zu begnügen, und die Erlaubnifs eines Beweisinterlokuts auf die Summe von 400 Thlrn. (wie N. 5. geschieht) zu beschränken. Man wird sich vom Unbestand dieser Verordnung noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, wie schwankend die mit dem Worte Bescheinigung verbundenen Begriffe seyen, und wie wenig im Entwurf der Gerichtsordnung zur festern Bestimmung dieses Begriffes vorkommt.

Mein Vorschlag ist darauf berechnet, daſs einstheils der Gewiſsheit des vom Richter anzuerkennenden Rechts Genüge geleistet, anderntheils durch einzelne Forderungen der Konkurs im Ganzen nicht aufgehalten werde. — Ich trage darauf an, die Numern 4. 5. 6. ganz zu streichen, und ihnen folgende Verordnung zu substituiren:

Werden im Liquidationstermine durch die vom Glâubiger und Curator litis vorzulegenden Beweise nicht alle Punkte ausser Zweifel gesetzt, deren Gewiſsheit zur Beurtheilung der Liquidität und Priorität einer Forderung nothwendig ist, so soll über jede Einzelne solcher Forderungen auf Beweis und Gegenbeweis ungesäumt interloquirt werden. Der Beweistermin soll auf 14 Tage von der Publikation an gerechnet, und nur dann auf 4 Wochen angesetzt werden, wenn es auf verwickelte Thatsachen ankommt, wohin besonders Sonderung des Lehens vom Allodium, ältere Familienverträge, Handlungssocietäten, von mehreren Jahren her andaurende Administrationen zu rechnen sind.

5. Wenn über Liquidität der Forderung kein Zweifel, und der Beweis über ihren Vorzug weitaussehend ist, so soll hiedurch

die Abfassung des Lokationsurtheils nicht aufgehalten und den über Priorität streitenden Gläubigern der ihnen zustehende Platz bedingt, wenn der zum Vorzug nöthige Beweis geliefert oder nicht geliefert wird, im Lokationsurtheil angewiesen werden.

Anm. 143) §. 52 — 82. Wird in der Gerichtsordnung das Vorzugsrecht der Gläubiger bestimmt und der Entwurf hat dieses mit vielen bisher erschienenen Prozefsordnungen auch die preussische nicht ausgenommen, gemein.

Allein dieser Gegenstand hat offenbar keinen Anspruch auf einen Platz in der Gerichtsordnung, da er nicht den Gang des gerichtlichen Verfahrens, sondern die Rechte einer Forderung auf einen Vorzug betrifft; folglich dem bürgerlichen Gesetzbuche eben so zu überlassen ist, wie andere Gegenstände, welche sich auf die gerichtlichen zu verfolgenden Rechte beziehen.

Tit. 50. 144) Unter den §. 1. aufgezählten Fällen, worinn Ausnahmsweise Ediktalladungen erlaubt sind, mangeln einige nicht unbedeutende Fälle. Namentlich 1) wenn der Vorzuladende in einem auswärtigen Gerichte

wohnt, und dessen Richter die Insinuation der Ladung der ergangenen Requisition ungeachtet verweigert. 2) Wenn der Aufenthalt des Vorzuladenden unbekannt ist. 3) Wenn die eigentliche vorzuladende Person unbekannt ist; ein Fall, welcher N. 22. bey verloren gegangenen Wechseln berührt ist, aber in seiner Allgemeinheit auf andere verlorne Schuldbriefe, besonders, wenn sie den Namen des Gläubigers nicht in sich fassen, sondern auf den Vorzeiger (au porteur) gestellt sind, welches bey vielen Staatsobligationen eintritt, vollkommne Anwendung findet. 4) Bey Prodigalitätserklärungen.

Anm. 145) Bemerken mufs ich noch, dafs unter mehreren bey dem Konkurse der Gläubiger im Entwurfe der Gerichtsordnung übergangenen Fragen genau bestimmt werden sollte: welche Wirkungen die Präklusion der Gläubiger in Ansehung der zur Conkursmasse nicht gezogenen Güter hervorbringe — und, was, wenn der Gemeinschuldner zu besserm Vermögen gelangt, zwischen ihm und seinen sowohl bey der Konkursmasse aufgetretenen als präkludirten Gläubigern für ein Rechtsverhältnifs entstehe.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Kritik des Entwurfes einer neuen Gerichtsordnung für die königl. sächs. Lande

Landshut 1808
Bibl.Mont. 4853
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726083-0